

Quaderni AISDUE è la rivista quadrimestrale dell'Associazione Italiana degli Studiosi di Diritto dell'Unione Europea. AISDUE si propone di approfondire lo studio e di diffondere la conoscenza degli aspetti giuridici del processo di integrazione europea, nonché di favorire la collaborazione scientifica e la rappresentanza accademica degli studiosi del diritto dell'Unione europea presso le istituzioni e gli organismi, nazionali ed europei, competenti. Proprio in funzione di tale obiettivo gli studiosi riuniti nell'Associazione intendono valorizzare le peculiarità del diritto dell'Unione europea, in particolare nell'ambito della didattica, della formazione professionale, della valutazione della ricerca e della selezione di docenti e ricercatori.

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

I  
2024

RIVISTA QUADERNI AISDUE

ES

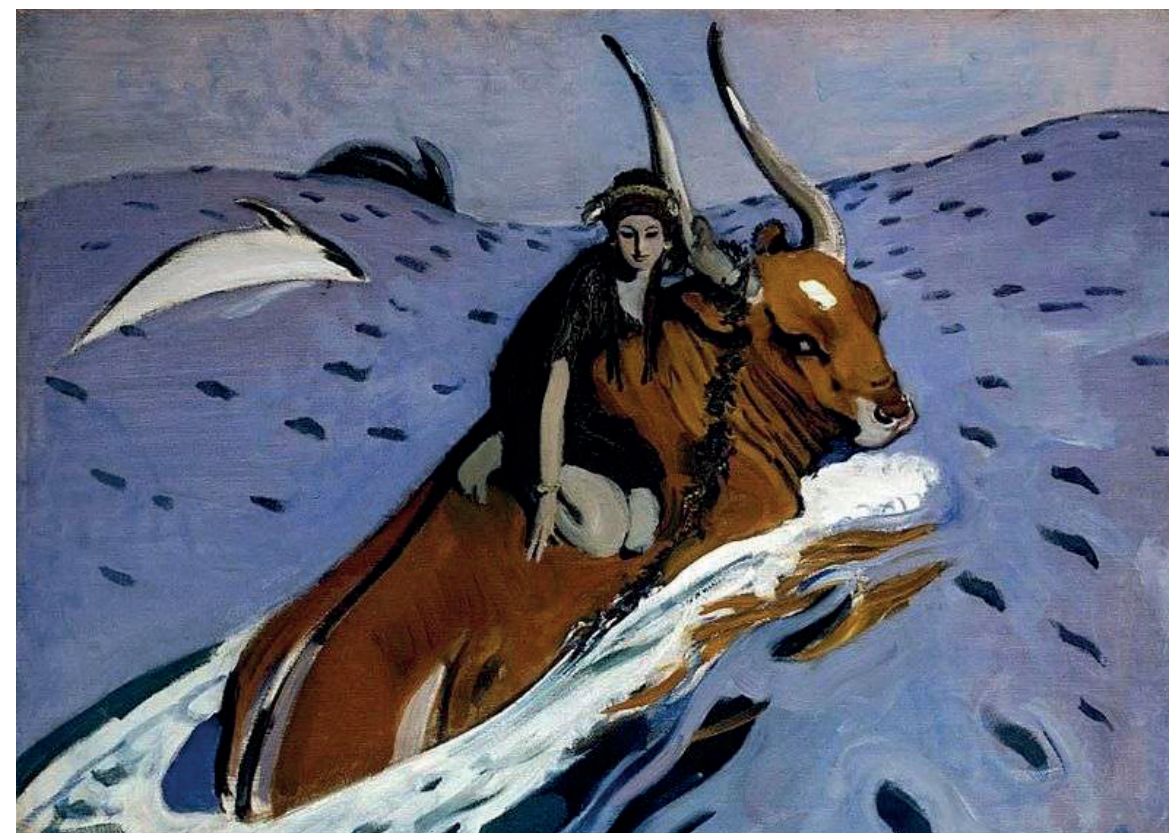
ISSN 2975-2698



# RIVISTA QUADERNI AISDUE

I/2024

Editoriale Scientifica



*Direttore Responsabile*

Antonio Tizzano

*Comitato scientifico*

Adelina Adinolfi, Giandonato Caggiano, Patrizia De Pasquale,  
Alessia Di Pascale, Pietro Manzini, Roberto Mastroianni, Paolo Mengozzi,  
Paola Mori, Bruno Nascimbene, Francesco Rossi Dal Pozzo,  
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri, Antonio Tizzano,  
Ennio Triggiani, Jacques Ziller

*Comitato di redazione Quaderni AISDUE*

Andrea Circolo e Benedetta Minucci (coordinatori),  
Mario Barbano, Samuele Barbieri, Camilla Burelli, Federico Ceci, Angela  
Correra, Alessandra Favi, Federico Ferri, Miriana Lanotte,  
Irene Marchioro, Gabriella Perotto, Martina Previatello,  
Alessandro Rosanò, Gabriele Rugani

*Coordinatori BlogDUE*

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri

*Comitato di redazione BlogDUE*

Irene Agnolucci, Mario Barbano, Samuele Barbieri, Nicola Bergamaschi,  
Camilla Burelli, Federico Ceci, Andrea Circolo, Erika Colombo,  
Angela Correra, Alessandra Favi, Marta Ferrari, Federico Ferri,  
Marco Gerbaudo, Anna Kompatscher, Clara Labus, Miriana Lanotte,  
Irene Marchioro, Martina Minardi, Benedetta Minucci, Maria Patrin,  
Gabriella Perotto, Martina Previatello, Alessandro Rosanò,  
Gabriele Rugani, Enrico Tinti, Alessia Voinich



# RIVISTA QUADERNI AISDUE

2024/1

Editoriale Scientifica  
Napoli

L'invio di un manoscritto presuppone l'adesione al codice etico della Rivista e l'uniformità dello stesso ai criteri redazionali (consultabili online all'indirizzo [www.aisdue.eu](http://www.aisdue.eu)).

I contributi sono sottoposti a previo referaggio cieco anonimo secondo i principi descritti nel codice etico e nella procedura di revisione.

Tutti i lavori devono essere inviati in formato word all'indirizzo [info@aisdue.eu](mailto:info@aisdue.eu).

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2024 Editoriale Scientifica srl  
via San Biagio dei Librai, 39  
80138 Napoli  
ISSN 2975-2698

## INDICE

*Presentazione* di Antonio Tizzano 9

### **Articoli**

BERGAMASCHI N., Prime considerazioni sul nuovo tentativo di adesione dell'Unione alla CEDU e sui suoi principali ostacoli 13

DI MARCO A., Autonomia strategica verde: diadi ineluttabili e capacità ordinamentali incerte 57

GAMBINO C., Riconoscimento di qualifiche professionali e partecipazione agli appalti negli Stati UE: qualche riflessione sull'impatto della *Brexit* 79

LIGUORI F., Il principio di mutuo riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale: le condizioni di ammissibilità dell'Ordine europeo di indagine penale 99

MASSA C., L'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione dal potere politico: recenti sviluppi nel settore dei media in Italia 121

MORI P., La Dichiarazione universale dei diritti umani e l'Unione europea. Brevi riflessioni in occasione del 75° anniversario della Dichiarazione 143

### **Note e commenti**

ACCARDO M. C., Il rapporto tra Corte di giustizia europea e Corti costituzionali nazionali: note a margine delle sentenze 177 e 178/2023 della Corte costituzionale 157

CRISTARELLA ORISTANO M., La nozione di "organo giurisdizionale nazionale" e la ricevibilità delle questioni pregiudiziali alla luce del caso *L.G. contro Krajowa Rada Sądownictwa*: il complesso bilanciamento fra indipendenza dei giudici e dialogo tra Corti 189

DEMONTIS G., <i>Professio iuris</i> e unità della successione nel regolamento UE n. 650/2012: la Corte di giustizia fa un passo indietro	203
FERRARO F., Evoluzione o involuzione del diritto della concorrenza nella sentenza <i>Superleague</i> ?	219
 <b><i>BlogDUE</i></b> 	
BARBANO M., Gruppi societari destinatari di aiuti di Stato da più Stati membri: prime riflessioni sulla sentenza <i>KLM II</i> del Tribunale dell'Unione (T-146/22)	237
BASTIANON S., Le sentenze <i>Superlega</i> , <i>ISU</i> e <i>SA Royal Antwerp FC</i> : una prima lettura	247
BELLENGHI G., Final Whistle in Luxembourg? <i>Royal Antwerp</i> as yet Another Reminder of EU law's Demand for Better Sports Governance	271
BULAND È., FIORENTINI A., The Day After the CoFoE (Act II): the EU Treaty Revision at the Mercy of Enlargement?	281
CECCHETTI L., Something new under the Sun: The direct effect of directives <i>plus</i> Article 47 Charter in horizontal situations in the <i>K.L.</i> judgment	297
COLOMBO E., Un passo avanti e due indietro: brevi riflessioni circa gli strumenti di accertamento della responsabilità di Frontex per violazioni dei diritti umani alla luce della sentenza <i>WS e altri c. Frontex</i>	311
CONTARTESE C., Conclusioni dell'AG Čapeta nelle cause <i>KS/KD</i> (C29/22 P e C44/22 P) e <i>Neves</i> (C351/22) del 23 novembre 2023, ovvero come la CGUE dovrebbe assicurarsi che “qualsiasi treno che possa arrivare a Strasburgo deve prima fermarsi a Lussemburgo”?	321
EROICO F., Cittadinanza europea: il diritto di eleggibilità dei cittadini “mobili” dell'Unione tra garanzie e limiti. Alcune considerazioni a margine delle conclusioni dell'Avvocato generale Richard de la Tour nelle cause C-808/21 e C-814/21	333

FAVI F., L'accesso alle informazioni ambientali nella sentenza <i>Right to Know</i> della Corte di giustizia: la discrezionalità delle autorità amministrative e giurisdizionali nazionali nel difficile equilibrio tra tutela della trasparenza e riservatezza dei processi decisionali	347
FERRARI M., Il cambiamento climatico quale causa delle migrazioni forzate: un fenomeno ancora troppo trascurato	359
FISICARO M., La sentenza <i>Krajowa Rada Sądownictwa</i> e i diversi volti dell'indipendenza giudiziaria nell'ordinamento dell'Unione europea	373
LANOTTE M., Confitto tra Corti sul diritto alla monetizzazione delle ferie non godute nell'impiego pubblico: la sentenza <i>BU c. Comune di Copertino</i>	387
MARCHIORO I., Il ruolo (debordante) del diritto dell'Unione europea nel rapporto tra regolamento UE 650/2012 e convenzioni bilaterali in materia di successione	401
MINARDI M., Il riconoscimento dello <i>status</i> di rifugiato per le donne vittime di violenza di genere alla luce della Convenzione di Istanbul: un commento a margine della sentenza <i>WS (C-621/21)</i>	411
NOTA C., La perdita <i>ipso iure</i> della cittadinanza nazionale e dell'Unione e il test di proporzionalità alla luce della sentenza <i>X</i> della Corte di giustizia	425
PREVIATELLO M., L'obbligo di leale cooperazione tra autorità nazionali garanti della concorrenza e autorità di controllo istituite dal RGPD nella sentenza <i>Meta Platforms e a.</i>	435
ROSANÒ A., Sviluppi dello scandalo Dieselgate in materia di <i>ne bis in idem</i> e doppio binario sanzionatorio: la sentenza <i>Volkswagen Group Italia e Volkswagen Aktiengesellschaft</i> della Corte di giustizia	449
VELLANO M., GROSSIO L., Per una soluzione della controversia territoriale tra Italia e Francia relativa alla vetta del Monte Bianco: il duplice contributo del diritto dell'Unione europea	463



**Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo (IFA)**  
**Aggiornamenti sulla giurisprudenza**  
**(a cura di Erika Colombo e Francesco Luigi Gatta)**

Bollettino mensile n. 1 – gennaio 2024	479
Bollettino mensile n. 2 – febbraio 2024	489
Bollettino mensile n. 3 – marzo 2024	501
Bollettino mensile n. 4 – aprile 2024	509

**Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo (IFA)**  
**Rassegna di atti, documenti e dottrina**  
**(a cura di Valeria Amenta, Giulia Dal Ben, Michele Migliori e Agnese Palazzi)**

Bollettino bimestrale n. 1 – gennaio e febbraio 2024	519
Bollettino bimestrale n. 2 – marzo e aprile 2024	531

**Forum La proiezione internazionale dell'Unione europea (PIUE)**  
**Rassegna di giurisprudenza**  
**(a cura di Cristina Contartese)**

Bollettino trimestrale n. 1 – gennaio-marzo 2024	547
--	-----

## PRESENTAZIONE

Offrire una “rivista” ai collaboratori del Blog e ai lettori dello stesso ci sembrava il minimo che potessimo fare per ringraziare e premiare gli uni e gli altri della costanza e della dedizione che ci hanno manifestato in questi anni, e farlo anche per quelli che si aggiungeranno via via.

In effetti, dopo la lunga esperienza fin qui maturata, il tempo ci sembrava ormai venuto per fare questo ulteriore passo e dare una sede più solida e più stabile alla produzione scientifica di quei colleghi.

Abbiamo quindi deciso di lanciarci nell’impresa varando, in un primo momento quasi a titolo sperimentale, la Rivista “Quaderni AISDUE” (ISSN 2975-2698), con cadenza per ora quadrimestrale e contenente articoli, note e commenti, gli atti dei convegni AISDUE e i lavori pubblicati su BlogDUE. In sostanza, essa sostituirà i “Quaderni AISDUE”, di cui però, come si è visto, manterrà il nome.

I contributi, che potranno essere redatti in lingua italiana, francese, inglese e spagnola, saranno tutti soggetti a una rigorosa procedura di revisione, e verranno prima pubblicati come anticipazione sul sito dell’AISDUE e poi raccolti via via nella Rivista.

Per quanto concerne la governance, si è deciso di individuare talune regole generali che possano garantire continuità ai lavori della Rivista. Così, seguendo di volta in volta gli esiti del rinnovo delle cariche sociali, il Direttore Responsabile sarà scelto tra le figure del Presidente, del Segretario generale o dei membri del Consiglio direttivo dell’Associazione; mentre faranno parte del Comitato scientifico i Colleghi che hanno rivestito o rivestono le cariche sociali di Presidente, Presidenti emeriti, Segretario generale, di componenti del Consiglio direttivo e del Comitato dei garanti. Il Comitato di redazione sarà invece composto da giovani studiosi scelti tra quelli che fanno parte del Comitato di redazione del BlogDUE.

Quanto ai referee, essi saranno scelti volta a volta tra i professori ordinari e associati della disciplina che abbiano una specifica competenza sull’argomento trattato nel contributo oggetto di verifica. Il Direttore conserva un elenco dei revisori che vengono via via individuati per la valutazione dei contributi sottoposti per la pubblicazione.

Il lettore interessato a questi aspetti potrà comunque leggere nel sito dell’AISDUE un’apposita sezione dedicata alla Rivista, nella quale potrà

anche trovare il codice etico, la procedura di revisione, l'organigramma, i criteri redazionali, l'archivio dei fascicoli, e così via.

Ciò detto, dobbiamo confessare che nel varare questa nuova iniziativa siamo stati ben consapevoli che la nostra materia è già costellata di periodici di varia importanza e natura, che danno ospitalità e sfogo al dibattito sul processo d'integrazione europea. Potrebbe quindi sembrare troppo ambizioso e forse anche eccessivo varare una nuova rivista destinata ad entrare in una scena così affollata di attori.

Vale tuttavia la pena di rilevare anzitutto che, di regola, un'offerta più varia non scoraggia, ma semmai accresce l'interesse tra i cultori della materia. Ma soprattutto dobbiamo notare che la nostra rivista non nasce da una repentina improvvisazione, bensì da una esperienza rodata già da alcuni anni, che ha prodotto centinaia di contributi, di varia natura e qualità, ma tutti espressione di un'ansia di ricerca e di approfondimento che meritava certamente uno sfogo più solido e in qualche modo più importante.

Ci siamo quindi convinti che fosse opportuno dare vita ad un'autentica rivista, secondo le regole e i canoni tradizionali di questo tipo di pubblicazioni, ancorché solo on-line. Ma queste pubblicazioni on-line stanno diventando una vera e propria prassi in un mondo (anche accademico) che vuole tutto e subito e non ama attendere quindi, come in passato, i tempi lunghi della pubblicazione dei fascicoli.

D'altra parte, i temi e il materiale per alimentare una pubblicazione periodica non mancano di certo, viste le problematiche, di tutti i tipi, che lo svolgersi del processo d'integrazione europea offre quasi quotidianamente, così come non mancano le occasioni di verifica della continuità o discontinuità di una prassi normativa e istituzionale dell'Unione e delle sue istituzioni. Così come non manca, e comunque non è mancata finora e non si vede perché dovrebbe venir meno, la disponibilità dei nostri associati, anche se non soprattutto i più giovani, ad impegnarsi nella difficile prova del lavoro scientifico, che è al tempo stesso duro e gratificante, ma dà comunque sfogo a quell'ansia di ricerca che alimenta la passione dei veri studiosi.

Diamo quindi il via alla nostra Rivista con queste convinzioni e, al tempo stesso, con la speranza di trovare un'accoglienza incoraggiante nella folta schiera dei cultori, ma anche dei critici più o meno radicali, del processo d'integrazione europea per concorrere, tutti, a un dibattito aperto e costruttivo.

Il Presidente  
Antonio Tizzano

## **Articoli**



PRIME CONSIDERAZIONI SUL NUOVO TENTATIVO  
DI ADESIONE DELL'UNIONE ALLA CEDU  
E SUI SUOI PRINCIPALI OSTACOLI

**Nicola Bergamaschi\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un lungo cammino. – 3. Le soluzioni approntate dal nuovo progetto di accordo. – 4. Una questione di fiducia. – 5. Il nodo PESC e la giurisprudenza della CGUE. – 6. *Segue*. L'approccio assunto dagli attori coinvolti nel tentativo di scogliere il nodo. – 7. Conclusioni: quale sarà l'atteggiamento della CGUE?

1. *Introduzione*

A metà marzo 2023, un comunicato stampa del Consiglio d'Europa annunciava che il gruppo di negoziato *ad hoc* "46+1", incaricato di rinegoziare un nuovo progetto di accordo di adesione dell'UE alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), aveva risolto «all of the issues it was currently expected to address»<sup>1</sup>. Contestualmente, veniva reso pubblico il nuovo pacchetto di strumenti di adesione predisposto dal gruppo di negoziato, comprensivo delle bozze definitive dell'accordo e del rapporto esplicativo che lo accompagna<sup>2</sup>. Si va quindi verso la fase finale del processo di adesione alla Convenzione da parte dell'Unione? La risposta a questa domanda dipende innanzitutto dalla compatibilità del nuovo progetto di accordo con il diritto UE. Prima che l'Unione avvii la procedura di conclusione dell'accordo, infatti, ci si aspetta che il progetto sia sottoposto al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) *ex art. 218, par. 11, TFUE*, così come fu nel caso del pa-

\* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Parma.

<sup>1</sup> Gruppo "46+1", *18th meeting*, Strasbourg, 14-17 March 2023, disponibile al link [www.coe.int](http://www.coe.int) (ultimo accesso 15/09/2023).

<sup>2</sup> Gruppo "46+1", *Final consolidated version of the draft accession instruments*, 17 March 2023, document 46+1(2023)36, disponibile al link [www://rm.coe.int](http://rm.coe.int) (ultimo accesso 15/09/2023). Per un commento, si veda T. LOCK, *Op-Ed: "Third time lucky? The revised agreement on the EU's accession to the ECHR"*, in *EU Law Live*, 19 April 2023, disponibile su [www.eulawlive.com](http://www.eulawlive.com) (ultimo accesso 15/09/2023).

rere 2/94<sup>3</sup> e del parere 2/13<sup>4</sup>. Queste pronunce, come ben noto, bloccarono i due tentativi di adesione precedenti. In particolare, il mandato del gruppo “46+1” è stato quello di negoziare un testo che provasse a superare le censure mosse al progetto di accordo nel parere 2/13 (il progetto del 2013)<sup>5</sup>. In che misura ci sia riuscito, però, resta da verificare. Il compito affidato ai negoziatori era, in effetti, non semplice. Gli elementi critici del progetto del 2013 erano tanti, e toccavano profili particolarmente sensibili per il diritto dell’Unione. Tra questi, basti menzionarne ora due: il principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri e la questione relativa al controllo giurisdizionale in materia di Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC). Come si vedrà, questi due profili rappresentano tuttora altrettanti punti deboli dell’attuale tentativo di adesione dell’Unione alla CEDU. Il secondo profilo, in particolare, resta uno dei problemi più spinosi, a cui il gruppo “46+1” non è riuscito a trovare una soluzione. Il testo negoziato nulla prevede a riguardo. Le parti, infatti, hanno convenuto di lasciare che l’Unione sciolga tale nodo internamente, prima di procedere all’adesione...

Questo contributo intende dare conto dei progressi fatti in sede negoziale da parte del gruppo “46+1” e, soprattutto, dei principali ostacoli ancora esistenti che potrebbero impedire il buon esito del nuovo tentativo di adesione. Per iniziare, si ripercorrerà sinteticamente il percorso che ha portato fino al punto in cui ci si trova attualmente (paragrafo 2). Successivamente, si presenterà il progetto di accordo, passando in rassegna i contenuti innovativi rispetto alla versione del 2013 e valutandoli alla luce delle indicazioni fornite nel parere 2/13 (paragrafo 3). In particolare, si esaminerà nel dettaglio quella che si ritiene essere la criticità più significativa del nuovo testo, cioè quella riguardante la soluzione della questione della reciproca fiducia (paragrafo 4). Saranno poi delineati i contorni del problema attinente al controllo giurisdizionale in ambito di PESC, ossia il nodo ancora da sciogliere. A tal riguardo, dapprima si illustreranno sinteticamente i cambiamenti che la giurisprudenza della CGUE ha apportato rispetto al quadro del 2014 e poi si valuteranno gli ipotetici sviluppi futuri (paragrafo 5). Secondariamente, verrà preso in esame l’approccio finora mostrato dal gruppo “46+1”, dall’Unione e dagli Stati membri nel tentativo di sciogliere il nodo

<sup>3</sup> Corte giust. parere 28 marzo 1996, 1/94.

<sup>4</sup> Corte giust. parere 18 dicembre 2014, 2/13.

<sup>5</sup> Gruppo “47+1”, *Fifth negotiation meeting between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights Final report to the CDDH*, Strasbourg, 10 June 2013, 47+1(2013)008rev2.

in questione (paragrafo 6). In conclusione, dopo un breve riepilogo, si svolgeranno alcune considerazioni sul significato del nuovo progetto d'accordo, e ci si interrogherà circa l'atteggiamento che la Corte di giustizia potrebbe assumere in un eventuale prossimo parere su tale progetto (paragrafo 7).

## 2. *Un lungo cammino*

Come ricordato, il progetto di accordo si candida ad essere il terzo tentativo di perfezionamento dell'adesione alla CEDU da parte dell'UE. Il primo, risalente al periodo *pre*-Lisbona, naufragò in seguito al parere 2/94<sup>6</sup>, in cui la Corte di giustizia stabilì che la Comunità non disponesse delle competenze necessarie all'adesione. Per porre rimedio a tale lacuna, il Trattato di Lisbona ha espressamente previsto l'adesione alla Convenzione, attribuendo all'Unione uno specifico *treaty-making power* in virtù dell'art. 6, par. 2, TUE<sup>7</sup>. Tale disposizione è integrata dal Protocollo (8), il quale prevede che l'adesione avvenga nel rispetto delle «caratteristiche specifiche» dell'Unione e del diritto UE<sup>8</sup>, mentre la dichiarazione relativa alla norma di cui all'art. 6, par. 2, TUE precisa che l'adesione «debba realizzarsi con modalità atte a preservare le specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione»<sup>9</sup>. Così facendo, i redattori del Trattato di Lisbona sancivano il dovere dell'Unione di aderire alla Convenzione, attribuendole al contempo l'opportuna competenza<sup>10</sup>. Inoltre, essi si mostravano consapevoli delle sfide che l'adesione

<sup>6</sup> Per un commento, si veda G. GAJA, *Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, given on 28 March 1996, not yet reported*, in CMLR, vol. 33, n. 5, 1996, p. 975 ss.; L. S. ROSSI, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in DUE, n. 3, 1996, p. 839 ss.

<sup>7</sup> In argomento, si veda A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in DUE, n. 3, 2009, p. 678 ss.

<sup>8</sup> Protocollo (8) relativo all'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione Europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Si veda, a riguardo, P. MENGOZZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in DUE, n. 2, 2010, p. 231 ss.

<sup>9</sup> Dichiarazione relativa all'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea.

<sup>10</sup> Sul versante della CEDU, invece, l'adesione è resa possibile dall'art. 59, par. 2, della Convenzione, come emendato dall'art. 17 del Protocollo (14), entrato in vigore nel 2010 (*Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention*, Council of Europe Treaty Series No. 194, disponibile su [www.coe.int](http://www.coe.int), ultimo accesso 10/01/2024).



avrebbe comportato per l'ordinamento dell'Unione, anche alla luce di quella giurisprudenza della CGUE che aveva stabilito l'incompatibilità con il diritto dell'Unione di accordi volti a riconoscere la giurisdizione a tribunali o meccanismi arbitrali di origine internazionale<sup>11</sup>, poiché in contrasto con l'autonomia del diritto UE<sup>12</sup>. In effetti, il riferimento alla salvaguardia delle caratteristiche specifiche contenuto nel Protocollo (8) è chiara eco di quelle pronunce<sup>13</sup>. Egualmente consci di un simile contesto, i negoziatori del progetto del 2013 avevano previsto una serie di meccanismi giuridici appositamente predisposti al fine di tutelare al meglio le caratteristiche specifiche del diritto UE. Tuttavia, tali accortezze si rivelarono inidonee a superare il vaglio della Corte di giustizia. Nel parere 2/13, infatti, in seduta plenaria, la Corte ha bocciato senza appello l'accordo di adesione (discostandosi così dall'Avv. gen. Kokott<sup>14</sup>), riscontrando plurimi motivi di contrasto con l'autonomia e

<sup>11</sup> Il riferimento è, in particolare, a Corte giust. parere 14 dicembre 1991, 1/91; Corte giust. 30 maggio 2006, C-459/03, *MOX Plant*; parere 8 marzo 2011, 1/09. Per un commento in chiave critica di questa giurisprudenza, si veda B. DE WITTE, *A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union*, in M. CREMONA, A. THIES (eds.), *The European Court of Justice and External Relations Law*, Oxford, 2014, p. 33 ss.

<sup>12</sup> Sul tema dell'autonomia del diritto UE, si veda C. ECKES, *The autonomy of the EU legal order*, in *Europe and the World: A law review*, vol. 4, n. 1, 2020, p. 1 ss.; L. S. ROSSI, *Autonomie Constitutionnelle de l'Union Européenne, Droits Fondamentaux et Méthodes d'Intégrations des Valeurs "Externes"*, in *La Charte des droits fondamentaux, source de renouveau constitutionnel européen ?*, Paris, 2020, p. 53 ss.; N. N. SHUIBHNE, *What is the Autonomy of EU Law, and Why Does that Matter*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 88, n. 1, 2019, p. 9 ss.; K. LENAERTS, *The Autonomy of European Union Law*, in *DUE*, n. 4, 2018, p. 617 ss.; J. ODERMATT, *The Principle of Autonomy: An Adolescent Disease of EU External Relations Law?*, in M. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford, 2018, p. 291 ss.; M. KLAMERT, *The autonomy of the EU (and of EU law): through the kaleidoscope*, in *ELR*, vol. 42, n. 6, 2017, p. 815 ss.; S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *RDI*, n. 1, 2016, p. 68 ss.; B. DE WITTE, *European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 65, 2010, p. 141 ss.; R. BARENTS, *The Autonomy of Community Law*, The Hague, 2004. Per una visione critica, si veda in particolare V. MORENO-LAX, K. S. ZIEGLER, *Autonomy of the EU legal order a general principle? On the risks of normative functionalism and selective constitutionalisation*, in K. S. ZIEGLER, P. J. NEUVONEN, V. MORENO-LAX (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law*, Cheltenham, 2022, p. 227 ss.

<sup>13</sup> Cfr. C. CONTARTESE, *The autonomy of the EU legal order in the ECJ's external relations case law: From the "essential" to the "specific characteristics" of the Union and back again*, in *CMLR*, vol. 54, n. 6, 2017, p. 1627 ss.

<sup>14</sup> Presa di posizione dell'Avv. gen. Kokott 13 giugno 2013, procedura di parere 2/13.

con le caratteristiche specifiche del diritto UE, anche con riguardo a quegli stessi meccanismi che erano stati inseriti nel progetto di accordo al fine di scongiurare tale rischio.

Il parere è stato oggetto di innumerevoli commenti da parte della dottrina<sup>15</sup>, alcuni dei quali piuttosto severi nei confronti della pronuncia<sup>16</sup>. In particolare, è stato contestato alla Corte di aver mostrato un atteggiamento di eccessivo formalismo<sup>17</sup>, e di aver portato l'ordinamento UE ad assumere una posizione di chiusura<sup>18</sup>, se non addirittura di autarchia<sup>19</sup>, a discapito della possibilità di una maggior tutela dei diritti fondamentali<sup>20</sup>. Tale atteggiamento, si è sostenuto, potrebbe essere visto come il riflesso di un'imaturità dell'ordinamento dell'Unione<sup>21</sup>, che la Corte non avrebbe ritenuto pronto

<sup>15</sup> Oltre agli Autori menzionati nelle note successive, si segnala S. VEZZANI, *op. cit.*, pp. 97-114; L. BESSELINK, M. CLAES, J. REESTMAN, *A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)*, in *ECLR*, vol. 11, n. 1, 2015, p. 2 ss.; B. DE WITTE, S. IMAMOVIĆ, *Opinion 2/13 on accession to the ECHR: defending the EU legal order against a foreign human rights court*, in *ELR*, vol. 40, n. 5, 2015, p. 683 ss.; V. DI COMITE, *Autonomia o controllo esterno? Il dilemma dell'adesione dell'UE alla CEDU alla luce del parere 2/13*, in *CI*, vol. 70, n. 2, 2015, p. 223 ss.; E. DUBOUT, *Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *CDE*, n. 1, 2015, p. 73 ss.; C. FAVILLI, *La Corte di giustizia rinvia a data da destinarsi l'adesione dell'Ue alla CEDU*, in *Questione Giustizia*, 3 febbraio 2015, disponibile su [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it) (ultimo accesso 15/09/2023); J. P. JACQUÉ, *Pride and/or prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice*, in *CDE*, n. 1, 2015, p. 19 ss.; I. PERNICE, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue*, in *CDE*, n. 1, 2015, p. 47 ss.

<sup>16</sup> In difesa del parere, invece, si veda D. HALBERSTAM, *It's the Autonomy, Stupid: A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, in *GLJ*, vol. 16, n. 1, 2015, p. 105 ss.; C. KRENN, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession after Opinion 2/13*, in *GLJ*, vol. 16, n. 1, 2015, p. 147 ss.

<sup>17</sup> *Editorial Comments: The EU's Accession to the ECHR – a "NO" from the ECJ!*, in *CMLR*, vol. 52, n. 1, 2015, p. 1 ss., spec. pp. 11-12.

<sup>18</sup> *Inter alia*, N. LAZZERINI, "Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare": il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 1, 2015, p. 1 ss., spec. p. 25.

<sup>19</sup> P. EECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, in *FILJ*, vol. 38, n. 4, 2015, p. 955 ss. Similmente, Vezzani parla di «atteggiamento isolazionista» da parte della Corte di giustizia, in S. VEZZANI, *op. cit.*, p. 108.

<sup>20</sup> Secondo Peers, «[t]he underlying problem with the Court's analysis is its stress on protecting its view of the basic components of EU law, rather than the effective protection of human rights», in S. PEERS, *The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare*, in *GLJ*, vol. 16, n. 1, 2015, p. 213 ss., spec. p. 221.

<sup>21</sup> Secondo Rossi, «l'adesione alla CEDU segnerebbe una "maturazione costituzionale", un segno di forza», in L. S. ROSSI, *Il parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU*:

a sottoporsi ad un controllo esterno quanto al rispetto dei diritti umani<sup>22</sup>. Inoltre, secondo voci autorevoli<sup>23</sup>, l'esito di questa pronuncia avrebbe fatto trasparire un certo grado di sfiducia, da parte della Corte di giustizia, nei confronti della Corte EDU. Non mancano, tuttavia, autori che hanno ben evidenziato i rischi che l'adesione avrebbe comportato per l'autonomia del diritto UE<sup>24</sup>.

In seguito al parere 2/13<sup>25</sup>, il cammino verso l'adesione ha subito un brusco arresto e nessuno, in quel momento, era in grado di prevedere se e quando sarebbe potuto riprendere, visto che il parere poneva una soglia di compatibilità con i Trattati piuttosto difficile da raggiungere, specie tramite un accordo da negoziarsi con un elevato numero di Paesi non-UE. Al riguardo, più di un commentatore ha espresso la preoccupazione che il parere potesse (e possa tuttora) rappresentare un ostacolo insormontabile<sup>26</sup>. Ed in

*scontro fra corti?*, in *SIDIBlog*, 22 dicembre 2014, disponibile su [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org) (ultimo accesso 15/09/2023).

<sup>22</sup> Alcuni hanno sostenuto che l'esito del parere sarebbe stato dettato dalla paura da parte della Corte di giustizia. Così E. SPAVENTA, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *MJECL*, vol. 22, n. 1, 2015, p. 35 ss.

<sup>23</sup> J. P. JACQUÉ, *L'avis 2/13 CJUE. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme?*, in *European Area of Freedom Security & Justice*, 26 December 2014, disponibile su [www.free-group.eu](http://www.free-group.eu) (ultimo accesso 15/09/2023).

<sup>24</sup> C. ECKES, *International Rulings and the EU Legal Order: Autonomy as Legitimacy?*, in *CLEER Papers*, n. 2, 2016, pp. 17-22.

<sup>25</sup> Sul rapporto tra diritto dell'Unione e CEDU, nell'attuale scenario *pre-adesione*, si veda J. CALLAWAERT, *Convention Control Over the Application of Union Law by National Judges: The Case for a Wholistic Approach to Fundamental Rights*, in *EP*, vol. 8, n. 1, 2023, p. 331 ss.; R. TINIÈRE, *The Use of ECtHR Case Law by the CJEU: Instrumentalisation or Quest for Autonomy and Legitimacy?*, in *EP*, vol. 8, n. 1, 2023, p. 323 ss.; L. POTVIN-SOLIS, *L'équilibre fragile des rapports entre le droit de l'Union et le système de la CEDH*, in D. PETRLÍK ET AL. (sous la direction de), *Évolution des rapports entre les ordres juridiques de l'Union européenne, international et nationaux Liber amicorum Ji í Malenovský*, Bruxelles, 2020, p. 381 ss.; L. S. ROSSI, *I rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU nella giurisprudenza delle rispettive Corti*, in *I Post di AISDUE*, n. 6, 2020, p. 41 ss.; C. AMALFITANO, *General Principles of EU law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018, pp. 46-93; T. VON DANWITZ, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union sur le fondement de l'Avis 2/13*, in AA. VV., *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 1020 ss.

<sup>26</sup> *Inter alia*, *Editorial Comments: The EU's Accession to the ECHR*, cit., p. 14. Secondo Cannizzaro, in particolare, una visione che porti l'autonomia del diritto UE alle sue estreme conseguenze, come sembra avvenire nel parere 2/13, costituisce un serio impedimento ai fini dell'adesione, tanto da rischiare di comprometterne del tutto la riuscita; si veda E. CANNIZZA-

effetti, il “dossier adesione” pareva esser stato archiviato, non essendosene più parlato per almeno cinque anni. Tale silenzio non ha tuttavia fatto venire meno la portata dell’art. 6, par. 2, TUE, che sancisce la volontà degli Stati membri che l’UE aderisca alla Convenzione, con ciò stabilendo quello che può essere considerato quantomeno come un obbligo di mezzi<sup>27</sup>, se non (addirittura) di risultato<sup>28</sup>.

Ciò forse spiega perché, il 31 ottobre 2019, una lettera di Presidente e Vicepresidente della Commissione inviata al Segretario Generale del Consiglio d’Europa ha rotto il silenzio che era calato sull’adesione. La lettera comunicava, in particolare, la volontà dell’UE di riprendere i negoziati. Poco dopo l’invio della missiva, veniva ri-costituito il gruppo “46+1” (“47+1”, prima dell’uscita della Russia dal Consiglio d’Europa) in seno al *Comité directeur pour les droits de l’homme* (CDDH), già occupatosi del precedente negoziato di adesione.

Lato UE, i negoziati sono stati condotti dalla Commissione, sulla base del mandato del 2010<sup>29</sup>. Nel giugno 2020, hanno preso il via i lavori che, in seguito al tredicesimo incontro del gruppo (il diciottesimo in totale, contando i cinque che avevano portato al testo del 2013), hanno consegnato al CDDH la nuova versione degli strumenti componenti il pacchetto di adesione. Nell’aprile 2023, in un incontro *ad hoc*, il CDDH ha adottato tali strumenti e li ha sottoposti al Comitato dei Ministri, per informazione<sup>30</sup>. Questo, a sua volta, ha accolto i risultati del lavoro del gruppo “46+1”, così come

RO, *Unitarietà e frammentazione delle competenze nei rapporti fra l’ordinamento dell’Unione e il sistema della Convenzione europea: in margine al parere della Corte di giustizia 2/2013*, in *DUE*, n. 3, 2015, p. 623 ss., spec. p. 633.

<sup>27</sup> C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 48; A. LAZOWSKI, R. A. WESSEL, *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR*, in *GLJ*, vol. 16, n. 1, 2015, p. 179 ss., spec. p. 183.

<sup>28</sup> J. CALLEWAERT, *Do we still need Article 6(2) TEU? Considerations on the absence of EU accession to the ECHR and its consequences*, in *CMLR*, vol. 55, n. 6, 2018, p. 1685 ss., spec. p. 1716; B. DE WITTE, S. IMAMOVIĆ, *op. cit.*, p. 693.

<sup>29</sup> Consiglio dell’Unione europea, *Decisione del Consiglio che autorizza la Commissione a negoziare l’accordo di adesione dell’Unione europea alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Bruxelles, 10 giugno 2015, ST 10817/10 DCL 1. Le nuove direttive del Consiglio sono attualmente classificate (Consiglio dell’Unione europea, *Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR): supplementary negotiating directives – Adoption*, Brussels, 15 October 2019, ST 12585 2019 EXT 1).

<sup>30</sup> CDDH, *Interim Report to the Committee of Ministers, for information, on the negotiations on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 4 April 2023, CDDH(2023)R\_EXTRA ADDENDUM.

hanno fatto i capi di Stato o di Governo del Consiglio d'Europa al summit di Reykjavík<sup>31</sup>, svoltosi a maggio 2023.

Nonostante la chiusura dei lavori da parte del gruppo, il nuovo progetto di accordo, come già anticipato, non copre tutti gli aspetti problematici emersi dal parere 2/13. Come si vedrà meglio nei paragrafi 5 e 6, rimane insoluita la questione attinente alla PESC, che l'UE dovrà affrontare in sede interna. Dunque, una proposta dell'Unione sul punto rappresenta la prossima tappa del processo di adesione. Da un lato, infatti, soltanto una volta chiarito definitivamente questo aspetto si procederà (verosimilmente) a richiedere un nuovo parere della CGUE. Dall'altro, tale proposta è attesa anche dagli altri Paesi membri del Consiglio d'Europa, i quali si riservano di valutarla prima di esprimere il proprio consenso sull'accordo nella sua interezza<sup>32</sup>. Le tempistiche entro cui l'UE intende muoversi non sono chiare. Intervenuto al summit di Reykjavík, il Presidente del Consiglio europeo Michel si è detto ottimista quanto ad una rapida soluzione delle questioni rimanenti<sup>33</sup>. D'altro canto, il tema della giurisdizione della CGUE in materia di PESC non è certo di immediata soluzione. Inoltre, mentre si scrive, è pendente davanti alla Corte di giustizia una causa che potrebbe modificare lo *status quo* in materia<sup>34</sup>. Di essa si darà conto a seguire, nel paragrafo 5.

Solo una volta che si sarà sciolto il nodo PESC, si potrà procedere a sottoporre il progetto di accordo allo scrutinio della Corte di giustizia, *ex art.* 218, par. 11, TFUE. Qualora poi arrivasse il via libera dai giudici di Lussemburgo, potrebbe finalmente aprirsi la fase di perfezionamento dell'accordo. Quest'ultimo, lo si ricorda, dovrà essere ratificato da tutti i Paesi parte della CEDU, inclusi gli Stati membri dell'Unione, e dovrà essere concluso da quest'ultima secondo la procedura appositamente prevista dall'art. 218 TFUE<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Consiglio d'Europa, *4th Summit of Heads of State and Government of the Council of Europe (Reykjavík, Iceland, 16-17 May 2023)*, 12 May 2023, CM(2023)57-final.

<sup>32</sup> CDDH, *Meeting Report / Rapport de réunion Extraordinary meeting / Réunion extraordinaire, Appendix II / Annexe II*, 04 April 2023, p. 10.

<sup>33</sup> Consiglio europeo, comunicato stampa del 17 maggio 2023, *Speech by President Charles Michel at the Council of Europe Summit in Reykjavik*, disponibile su [www.consilium.europa.eu/](http://www.consilium.europa.eu/) (ultimo accesso 15/09/2023).

<sup>34</sup> C-29/22 P, *KS e KD/Consiglio e a.*

<sup>35</sup> A tal fine, si renderà necessaria l'approvazione del Parlamento europeo, *ex art.* 218, par. 6, lett. a), sub-lett. ii), TFUE, e l'unanimità del Consiglio, *ex art.* 218, par. 8, TFUE. Cfr. A. GIANELLI, *op. cit.*, pp. 695-697.

### 3. *Le soluzioni approntate dal nuovo progetto di accordo*

Il nuovo progetto di accordo di adesione prende le mosse da quello del 2013<sup>36</sup>, di cui sono stati mantenuti tutti gli elementi non interessati dalle censure della Corte di giustizia. Il gruppo “46+1” si è limitato ad intervenire in maniera chirurgica sugli aspetti problematici emersi dal parere 2/13 (questo era anche il mandato della Commissione come negoziatrice<sup>37</sup>), cercando di sanare le criticità riscontrate dalla Corte di giustizia in quell’occasione. A tal fine, il lavoro è stato organizzato in quattro “basket”<sup>38</sup>, in cui sono stati suddivisi i principali punti da affrontare durante i negoziati. Il “Basket 1”, in particolare, concerne i meccanismi *ad hoc* di cui l’Unione necessita, ai fini della salvaguardia delle caratteristiche specifiche del suo ordinamento, nell’ambito delle procedure davanti alla Corte EDU. Il “Basket 2” riguarda il tema delle controversie tra Stati membri e tra questi e l’UE, ed il tema del funzionamento del Protocollo (16) della CEDU per gli Stati membri dell’Unione. Il “Basket 3” ha per oggetto la tutela del funzionamento del principio di reciproca fiducia. Il “Basket 4”, infine, avrebbe dovuto essere dedicato alla già menzionata questione attinente alla PESC, lasciata in realtà in sospeso. Al di fuori dei quattro “basket”, si trova poi un altro punto affrontato dal nuovo progetto, rientrando anch’esso tra le questioni emerse nel parere 2/13. Si tratta del tema relativo al rapporto tra l’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali (la Carta) e l’art. 53 CEDU, su cui si tornerà a breve<sup>39</sup>.

In questo paragrafo, ci si sofferma sugli aspetti innovativi del progetto di accordo che – si ritiene – sono idonei a superare le criticità della versione del 2013, o che, quantomeno, permetterebbero di superarle a seguito di interventi minori. Ci si riferisce, in particolare, a quanto previsto in relazione al “Basket 1”, al “Basket 2”, ed al tema del rapporto tra gli artt. 53 CEDU e 53 della Carta. Verranno analizzati separatamente, invece, i profili che costituiscono le principali lacune caratterizzanti l’attuale tentativo di adesione<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> *Supra*, nota 5.

<sup>37</sup> Commissione europea, *Position paper for the negotiations on the European Union’s accession to the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Strasbourg, 5 March 2020, 47+1(2020)01.

<sup>38</sup> Gruppo “47+1”, *Paper by the Chair to structure the discussion at the sixth meeting of the CDDH ad hoc negotiation group (“47+1”) on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 31 August 2020, 47+1(2020)2.

<sup>39</sup> *Infra*, in questo paragrafo.

<sup>40</sup> Bisogna comunque osservare che il gruppo di lavoro si è detto complessivamente soddisfatto delle soluzioni trovate; si veda Gruppo “47+1”, *Report to the CDDH*, Strasbourg, 30 March 2023, 46+1(2023)35FINAL.



Venendo ora ad un esame più approfondito delle soluzioni efficacemente approntate dal progetto, il “Basket 1” tratta, specificamente, del convenuto aggiunto e del previo coinvolgimento. Questi consistono in quei meccanismi, sopra richiamati, che erano stati ideati in occasione del precedente tentativo di adesione<sup>41</sup>, al fine di evitare che la sottoposizione dell’Unione alla giurisdizione della Corte EDU potesse avere un impatto negativo sulle caratteristiche specifiche dell’ordinamento dell’Unione e, di conseguenza, sull’autonomia di quest’ultimo. Si tratta delle caratteristiche attinenti, rispettivamente, alla ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri ed al monopolio della CGUE sull’interpretazione definitiva del diritto UE<sup>42</sup>. Nel parere 2/13, la Corte di giustizia ritenne entrambi i meccanismi inadeguati rispetto al loro scopo, alla luce di alcune imperfezioni riscontrate nella loro progettazione. In breve, il primo meccanismo permette all’UE ed agli Stati membri di intervenire come convenuti nei procedimenti avverso l’una o gli altri, laddove la presunta violazione della CEDU derivi da un atto adottato dalla prima ed implementato dai secondi, oppure adottato e/o implementato dalla prima in ossequio ai Trattati (ed ai protocolli), di cui i secondi sono i “Signori”. Questa possibile situazione è dovuta alle specificità del sistema giuridico sovranazionale e, pertanto, richiede di prendere in considerazione il diritto UE, specialmente l’attribuzione delle competenze quanto all’atto in esame. La versione del meccanismo prevista dal progetto del 2013, però, lasciava alla Corte EDU il potere di esprimersi sulla plausibilità della richiesta di intervenire da parte dell’UE o degli Stati membri. Secondo la Corte di giustizia, un simile margine di apprezzamento da parte della Corte EDU era incompatibile con l’autonomia del diritto UE<sup>43</sup>. Inoltre, per lo stesso motivo, incompatibile era anche la clausola che permetteva alla Corte EDU di stabilire, in ultima battuta, che solo un soggetto tra UE e Stati membri rispondeva della violazione, in deroga al meccanismo del convenuto ag-

<sup>41</sup> Art. 3 del progetto del 2013.

<sup>42</sup> Sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia già richiamata (*supra*, nota 11), tali aspetti sono riconducibili all’autonomia del diritto UE. Più nello specifico, utilizzando la classificazione proposta da Vajda, la tutela del sistema delle competenze e del principio di attribuzione, nei confronti di influenze provenienti dall’esterno dell’ordinamento dell’Unione, attiene a quella che può essere definita come autonomia istituzionale. La salvaguardia del monopolio della CGUE quanto all’interpretazione definitiva del diritto UE, invece, rientra nell’autonomia giurisdizionale. In proposito, si veda C. VAJDA, *Achmea and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *LAWTTIP Working Papers*, n. 1, 2019, [www.lawttip.eu](http://www.lawttip.eu) (ultimo accesso 15/09/2023), pp. 10-11.

<sup>43</sup> Parere 2/13, sopra citato, punti 218-225.

giunto<sup>44</sup>. Muovendo da queste premesse, il nuovo progetto elimina il potere discrezionale in materia che residuava in capo alla Corte EDU e lo riserva interamente all'UE<sup>45</sup>, a cui sola spetta di decidere sul verificarsi delle condizioni per l'attivazione del meccanismo. Quanto alla deroga summenzionata, questa è stata espunta e non compare nel nuovo progetto.

Per ciò che concerne il meccanismo del previo coinvolgimento, questo dispone che la CGUE possa esprimersi preliminarmente sulla compatibilità del diritto UE con i diritti fondamentali, nei casi in cui l'Unione sia convenuta aggiunta, ed una simile questione arrivasse alla Corte EDU senza essere prima passata da Lussemburgo (nel corso della causa di specie o in prece-

<sup>44</sup> *Ibidem*, punti 229-234. Si tratta della clausola di cui all'art. 3, par. 7 del progetto del 2013.

<sup>45</sup> Art. 3, par. 5, del progetto di accordo, letto alla luce dei parr. 61-62 e 66 del rapporto esplicativo. In questo, come negli altri casi in cui il progetto di accordo permette all'Unione di valutare da sé il ricorrere delle circostanze tali da attivare i meccanismi appositamente previsti per non incidere sull'autonomia del diritto UE (si veda *infra*, in questo paragrafo), le clausole negoziate non precisano quali siano le istituzioni dell'Unione a cui spetti di esprimersi a riguardo, né tantomeno le procedure interne. Sta al diritto interno dell'Unione stabilire a chi affidare tali competenze. Pertanto, ci si può aspettare che, in seguito ad un eventuale parere positivo sul nuovo progetto da parte della Corte di giustizia, l'Unione predisporrà nuove procedure atte al funzionamento in concreto dei meccanismi contenuti dall'accordo di adesione. In tal senso, è possibile immaginare che la competenza sarà affidata alla Commissione, magari in consultazione con gli Stati membri ove necessario, sotto il controllo *ex post* da parte della CGUE, oppure direttamente alla CGUE, laddove sia richiesto un atto di interpretazione del diritto UE o un esame della giurisprudenza della CGUE stessa. *Mutatis mutandis*, ciò è quanto accade, per esempio, nell'ambito delle procedure di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato previste da alcuni accordi commerciali di recente conclusione, come l'Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra. Quest'ultimo, infatti, rimanda la determinazione del convenuto tra UE e Stati membri all'Unione stessa (art. 8, par. 21, del CETA), la quale procederà – internamente – tramite il meccanismo di cui al regolamento (UE) n. 912/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, che istituisce un quadro per la gestione della responsabilità finanziaria connessa ai tribunali per la risoluzione delle controversie investitore-Stato istituiti da accordi internazionali di cui l'Unione europea è parte. In argomento, si veda B. CAPPIELLO, *Il Regolamento europeo n. 912/2014 e la ripartizione della responsabilità tra Unione Europea e Stati membri nel caso di violazione di accordi internazionali di investimento*, in *DUE*, n. 1, 2016, p. 71 ss. Per un approfondimento di questa prassi, definita di “proceduralisation” e di “internalisation”, si rimanda a C. CONTARTESE, L. PANTALEO, *Division of Competences, EU Autonomy and the Determination of the Respondent Party: Proceduralisation as a Possible Way-Out?*, in E. NEFRAMI, M. GATTI (eds.), *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, Baden-Baden, 2018, p. 409 ss., spec. pp. 420-444; P. T. STEGMANN, *Responsibility of the EU and the Member States under EU International Investment Protection Agreements*, Cham, 2019, pp. 139-163.



denza). Nel parere 2/13, tale meccanismo era stato considerato incompatibile con i Trattati perché lasciava alla Corte EDU il potere di verificare se la CGUE si fosse già espressa o meno in materia<sup>46</sup>. In aggiunta, quel progetto non conteneva alcuno strumento idoneo ad informare sistematicamente l'Unione delle cause potenzialmente rilevanti al fine dell'attivazione del meccanismo. Ciò pregiudicava l'effettività del meccanismo stesso<sup>47</sup>. Come per il meccanismo del convenuto aggiunto, la versione attuale del progetto di accordo prevede che ad esprimersi sul punto sia l'Unione stessa<sup>48</sup>. Inoltre, il progetto introduce quell'obbligo di informazione sistematico che mancava, al fine di permettere l'esercizio di questa prerogativa attribuita all'UE<sup>49</sup>. In terzo luogo, il meccanismo del 2013 era imperfetto poiché non ne veniva prevista l'attivazione con riguardo alle questioni di interpretazione del diritto derivato<sup>50</sup>. In risposta a ciò, la nuova versione del progetto estende la portata del meccanismo anche a questa ulteriore fattispecie, colmando la lacuna del precedente<sup>51</sup>. In definitiva, dunque, i due meccanismi in esame sono stati mantenuti, ed il nuovo testo sembra aver posto efficacemente rimedio ai difetti che li caratterizzavano.

Il “Basket 2” raggruppa due problemi distinti, sopra anticipati. Seguendo l'ordine con cui vengono affrontati nel progetto, il primo che si incontra è quello attinente al tema delle controversie c.d. “*intra-UE*”, ossia quelle controversie, aventi ad oggetto il rispetto della CEDU, che potrebbero sorgere in seguito all'adesione tra UE e Stati membri, oppure tra due (o più) Stati membri. Entrando più nel dettaglio, il parere 2/13 aveva constatato l'esistenza di un contrasto tra l'art. 33 CEDU e l'art. 344 TFUE<sup>52</sup>. La prima delle due disposizioni, lo si ricorda, permette e disciplina le controversie tra le Parti della Convenzione, sottoponibili alla Corte EDU. La seconda, che è informata dal principio di autonomia del diritto UE e da quello di leale cooperazione<sup>53</sup>, vieta agli Stati membri dell'Unione di sottoporre alla giurisdizione di un giudice esterno questioni di diritto UE<sup>54</sup>. Ciò, infatti, rientra

<sup>46</sup> Parere 2/13, sopra citato, punti 238-240.

<sup>47</sup> *Ibidem*, punto 241.

<sup>48</sup> Art. 3, par. 7, del progetto di accordo, letto alla luce del par. 76 del rapporto esplicativo.

<sup>49</sup> Art. 3, parr. 2 e 3 del progetto di accordo, letto alla luce del par. 68 del rapporto esplicativo.

<sup>50</sup> Parere 2/13, sopra citato, punti 242-247.

<sup>51</sup> Art. 3 del progetto di accordo, letto alla luce del par. 77 del rapporto esplicativo.

<sup>52</sup> Parere 2/13, sopra citato, punti 204-212.

<sup>53</sup> *Ibidem*, punti 201 e 202.

<sup>54</sup> Per un approfondimento sulla rilevanza attribuita a tale norma nella giurisprudenza

nelle competenze esclusive della Corte di giustizia<sup>55</sup>. In virtù di ciò, una volta avvenuta l'adesione, non sarebbe consentito agli Stati membri di portare una controversia riguardante la CEDU davanti alla Corte EDU. La Convenzione, infatti, entrerebbe a fare parte del diritto UE e, di conseguenza, tali controversie ricadrebbero nella sfera di applicazione dell'art. 344 TFUE. Da qui il contrasto tra quest'ultimo e l'art. 33 CEDU. Il progetto del 2013 era stato censurato sul punto dai giudici di Lussemburgo, visto che non disponeva di rimedi per evitare il rischio di una simile evenienza. La versione attuale<sup>56</sup>, invece, preclude l'applicazione dell'art. 33 CEDU nei rapporti tra UE e Stati membri ed in quelli tra questi ultimi, prevenendo efficacemente il conflitto tra le norme previste nei due articoli. In aggiunta, il progetto prevede che sia l'Unione a stabilire quando la controversia abbia per oggetto una questione di diritto UE ai sensi dell'art. 344 TFUE<sup>57</sup>. In tal modo, viene riservata all'Unione una prerogativa simile a quelle osservate con riguardo ai meccanismi del convenuto aggiunto e del previo coinvolgimento, volta ad evitare la circostanza che la Corte EDU si esprima su di un punto di diritto UE, compromettendone con ciò l'autonomia.

Il secondo tema riconducibile al "Basket 2" riguarda il funzionamento del Protocollo (16) della CEDU (attualmente ratificato da undici Stati membri<sup>58</sup>), che permette alle «più alte giurisdizioni» dei Paesi membri della Convenzione di richiedere un parere consultivo alla Corte EDU sull'interpretazione o sull'applicazione della CEDU. Secondo il parere 2/13<sup>59</sup>, il ricorso a tale strumento da parte degli Stati UE avrebbe potuto recare pregiudizio al funzionamento del rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE, di fatto permettendo ai giudici nazionali di aggirarlo e di rivolgersi alla Corte EDU invece che alla Corte di giustizia. Per evitare tale evenienza, il nuovo progetto pre-

della CGUE in tema di autonomia dell'ordinamento, si veda P. IANNUCELLI, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, in *DUE*, n. 2, 2018, p. 281 ss. In argomento, si veda anche S.Ø. JOHANSEN, *The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and Its Potential Consequences*, in *GLJ*, vol. 16, n. 1, 2015, p. 169 ss.

<sup>55</sup> *MOX Plant*, sopra citata, punto 123; Corte giust. parere 16 giugno 2022, 1/20, punto 47.

<sup>56</sup> Art. 4, par. 3, del progetto di accordo, letto alla luce dei parr. 82 e 83 del rapporto esplicativo.

<sup>57</sup> Art. 4, par. 4, del progetto di accordo, letto alla luce del par. 84 del rapporto esplicativo.

<sup>58</sup> La lista dei Paesi che hanno ratificato il Protocollo (16) è disponibile su [www.coe.int/](http://www.coe.int/) (ultimo accesso 15/09/2023).

<sup>59</sup> Parere 2/13, sopra citato, punti 196-199.

vede che nessun giudice nazionale possa considerarsi come una delle «più alte giurisdizioni» legittimate a presentare un parere consultivo alla Corte EDU ai sensi del Protocollo (16), qualora la questione rientri nell'ambito di applicazione del diritto UE<sup>60</sup>.

Si tratta di una soluzione semplice e, apparentemente, efficace. Tuttavia, ad un più attento sguardo, essa presenta un possibile punto critico. Contrariamente a quanto visto per le altre innovazioni presenti nel progetto finora esaminate, in questo caso manca una previsione che assegni in via esclusiva all'Unione il potere di stabilire se ricorrano o meno i requisiti per l'applicazione della clausola in esame. Una simile valutazione, invero, dipende da considerazioni di diritto UE e, quindi, non può essere appannaggio di soggetti estranei all'ordinamento dell'Unione, a pena di pregiudicare l'autonomia di quest'ultimo. Emerge, dunque, una prima possibile lacuna del progetto di accordo<sup>61</sup>, rispetto alla quale la Corte di giustizia potrebbe riscontrare un motivo di incompatibilità con i Trattati. La giurisprudenza della CGUE, infatti, si è sempre mostrata particolarmente sensibile alla salvaguardia del meccanismo del rinvio pregiudiziale da eventuali minacce esterne<sup>62</sup>. Effettivamente, una simile preoccupazione sembra essere emersa durante i negoziati, come risulta dal report del tredicesimo incontro del

<sup>60</sup> Art. 5 del progetto di accordo, letto alla luce del par. 86 del rapporto esplicativo.

<sup>61</sup> Così anche. T. LOCK, *Op-Ed*, cit.; M. SMOLEK, *How to conquer Troy? addressing the Court of justice's concerns on adverse effect in opinion 2/13*, in D. PETRLÍK ET AL. (sous la direction de), *op. cit.*, p. 355 ss., pp. 361-362.

<sup>62</sup> Esemplari, in questo senso, sono il già citato parere 1/09 (*supra*, nota 11) e Corte giust. 6 marzo 2018, C-284/16, *Achmea*. Per un commento al parere 1/09, si rimanda a J. ALBERTI, *Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, in *DUE*, n. 2, 2012, p. 367 ss.; R. BARATTA, *National Courts as "Guardians" and "Ordinary Courts" of EU law: Opinion 1/09 of the ECJ*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 23, n. 4, 2011, p. 297 ss.; T. LOCK, *Taking National Courts More Seriously? Comment on Opinion 1/09*, in *ELR*, vol. 36, n. 4, 2011, p. 576 ss. Quanto ad *Achmea*, si veda A. BIONDI, G. SANGIUOLO, *Three years after Achmea: What is said, what is unsaid, and what could follow*, in A. BIONDI, G. SANGIUOLO (eds.), *The EU and the Rule of Law in International Economic Relations. An Agenda for Enhanced Dialogue*, Cheltenham, 2021, p. 14 ss.; M. ANDENAS, C. CONTARTESE, *EU autonomy and investor-state dispute settlement under inter se agreements between EU Member States: Achmea*, in *CMLR*, vol. 56, n. 1, 2019, p. 157 ss.; C. CANDELMO, *La sentenza Achmea, un anno dopo: l'impatto sull'ordinamento europeo e il futuro degli intra-EU BITs*, in *SIE*, n. 2, 2019, p. 447 ss.; C. CELLERINO, *More on the constitutional dimension of the Achmea ruling and... "less" on its impact on the ICS*, in *The European Legal Forum*, n. 4, 2019, p. 1 ss.; S. HINDELANG, *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law – the CJEU's judgment in Achmea put in perspective*, in *ELR*, vol. 44, n. 3, 2019, p. 383 ss.; L. FUMAGALLI, *Meccanismi ISDS negli intra-EU BITs: la Corte di giustizia pone fine a un lungo dibattito. E ora?*, in *RDI*, n. 3, 2018, p. 896 ss.; L. MELCHIONDA, *The European Court of Justice ruling in Achmea v. Slovak Republic: more questions than answers*, in *DCI*, n. 3, 2018, p. 337 ss.

gruppo<sup>63</sup>, ma la questione non ha trovato ulteriore trattazione nel seguito dei lavori. D'altra parte, in quello stesso incontro, era stato proposto che, al posto di inserire un'apposita previsione nell'accordo, il problema venisse risolto per mezzo di una dichiarazione degli Stati membri che hanno ratificato il protocollo, i quali si impegnassero a farvi ricorso nel rispetto dei loro obblighi di diritto UE<sup>64</sup>. Una simile soluzione potrebbe essere approntata anche a margine della conclusione dell'accordo. Tuttavia, bisogna notare che, nel parere 2/13, la Corte di giustizia aveva ignorato la possibilità di ricorrere a siffatte dichiarazioni come strumento idoneo a sanare talune incompatibilità allora rilevate, contrariamente a quanto suggeriva invece l'Avv. gen. (in particolare con riguardo al contrasto con l'art. 344 TFUE)<sup>65</sup>. Si tratterà quindi di verificare se, in caso di nuovo parere, la Corte manterrà lo stesso atteggiamento tenuto in precedenza o se, invece, sarà più morbida. Nel caso in cui un futuro parere della Corte rilevasse l'esistenza di questa problematica, si ritiene che la soluzione migliore sarebbe quella di modificare l'accordo, inserendo un'apposita clausola che lasci all'UE la valutazione quanto ai requisiti dell'attivazione della disposizione in esame. Adottata una simile modifica, il punto non dovrebbe presentare ulteriori difficoltà ai fini dell'adesione.

Non presenta, invece, particolari questioni la soluzione individuata con riguardo al rapporto tra gli artt. 53 CEDU e 53 della Carta. Come noto, entrambe le disposizioni sono volte a permettere agli Stati di applicare uno standard nazionale di protezione dei diritti più elevato rispetto a quello dei due rispettivi strumenti. Nel parere 2/13 era stata rinvenuta l'esistenza di un potenziale conflitto tra i due articoli<sup>66</sup>, poiché l'applicazione del primo avrebbe permesso agli Stati membri di mettere in discussione i limiti posti dalla giurisprudenza della CGUE all'applicazione del secondo. La preoccupazione della Corte era, in particolare, quella di preservare il funzionamento della c.d. dottrina *Melloni*<sup>67</sup>. Questa, lo si ricorda, riguarda le situazioni "co-

<sup>63</sup> Gruppo "46+1", *13th meeting of the CDDH ad hoc negotiation group ("46+1") on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights Meeting Report*, Strasbourg, 13 May 2022, 46+1(2022)R13, par. 24.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> Presa di posizione dell'Avv. gen. Kokott, cit., par. 120.

<sup>66</sup> Parere 2/13, sopra citato, punti 187-189.

<sup>67</sup> Corte giust. 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*. Per un commento, si veda A. TORRES PÉREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *ECLR*, vol. 10, n. 2, 2014, p. 308 ss.; N. DE BOER, *Addressing rights divergences under the Charter: Melloni*, in *CMLR*, vol. 50, n. 4, 2013, p. 1083 ss.; M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e tribunale costituzionale spagnolo*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2013, p. 1 ss.

perte” da una disciplina totalmente armonizzata al livello del diritto sovranazionale, la quale provveda anche a definire un dato standard di protezione dei diritti fondamentali nel proprio ambito di applicazione, senza margini di discrezionalità per gli Stati membri. In questi casi, in ossequio a *Melloni*, una deroga *in melius* a livello nazionale non è permessa, perché pregiudicherebbe «il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione»<sup>68</sup>. A tal riguardo, il nuovo progetto specifica che l’art. 53 CEDU non preclude alle Parti di applicare un livello comune di protezione dei diritti umani, purché questo non sia inferiore a quello stabilito dalla Convenzione<sup>69</sup>. In questo modo, viene fugata la possibilità che uno Stato membro possa appellarsi all’art. 53 CEDU per contravvenire a *Melloni*. Anche su questo punto, quindi, il nuovo progetto dovrebbe essere pronto a superare il vaglio della Corte di giustizia.

#### 4. *Una questione di fiducia*

Si è detto che il “Basket 3” viene dedicato interamente al problema inerente al principio di reciproca fiducia<sup>70</sup>. Tra le questioni che vengono affrontate dal progetto di accordo, questa rappresenta probabilmente lo scoglio più rilevante ai fini dell’adesione<sup>71</sup>.

Nel parere 2/13, la Corte aveva constatato l’esistenza del rischio che la partecipazione dell’Unione alla Convenzione compromettesse la fiducia

<sup>68</sup> *Melloni*, cit., punto 60.

<sup>69</sup> Art. 1, par. 9, del progetto di accordo.

<sup>70</sup> In dottrina, si veda C. RIZCALLAH, *The Principle of Mutual Trust in European Union Law*, Bruxelles, 2022; C. SÁENZ PÉREZ, *Mutual trust as a driver of integration: which way forward?*, in K. S. ZIEGLER, P. J. NEUVONEN, V. MORENO-LAX (eds.), *op. cit.*, p. 530 ss.; E. DUBOUT, *L’équilibre fragile des rapports entre le droit de l’Union et le système de la CEDH*, in D. PETRLÍK ET AL. (sous la direction de), *op. cit.*, p. 647 ss.; H. LABAYLE, *Faut-il faire confiance à la confiance mutuelle?*, in AA. VV., *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano*, cit., p. 472 ss.; P. MORI, *Quelques réflexions sur la confiance réciproque entre les États membres: un principe essentiel de l’Union européenne*, *ibidem*, p. 651 ss.; E. REGAN, *The role of the principles of mutual trust and mutual recognition in EU law*, in *DUE*, n. 2, 2018, p. 231 ss.; K. LENAERTS, *La vie après l’avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *CMLR*, vol. 54, n. 3, 2017, p. 805 ss.; E. PISTOIA, *Lo status del principio di mutua fiducia nell’ordinamento dell’Unione secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Qual è l’intruso?*, in *FSJ*, n. 2, 2017, p. 26 ss.; S. PRECHAL, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in *EP*, vol. 2, n. 1, 2017, p. 75 ss.

<sup>71</sup> Sul tema, si veda anche E. DI FRANCO, M. CORREIA DE CARVALHO, *Mutual Trust and EU Accession to the ECHR: Are We Over the Opinion 2/13 Hurdle?*, in *EP*, vol. 8, n. 3, 2023, p. 1221 ss.

reciproca tra gli Stati membri, nella misura in cui gli obblighi derivanti dalla CEDU avrebbero imposto loro di verificare il rispetto dei diritti fondamentali da parte di altri Stati membri<sup>72</sup>. La questione era (ed è) molto sensibile per l'ordinamento dell'Unione. Come spiega la Corte, infatti, la reciproca fiducia rappresenta un principio di rilievo costituzionale fondamentale per l'esistenza di uno spazio privo di frontiere interne<sup>73</sup>. Su di esso si basa il principio di mutuo riconoscimento<sup>74</sup>, sotteso al funzionamento degli strumenti di cooperazione operanti in settori importanti dell'ordinamento dell'Unione, quale quello dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>75</sup>. Ma c'è di più. Il principio di reciproca fiducia è riconducibile al cuore stesso del quadro costituzionale dell'Unione europea<sup>76</sup>. Come più volte ribadito dalla Corte<sup>77</sup>, infatti, quest'ultimo si basa sul presupposto della condivisione dei valori fondanti da parte di tutti gli Stati membri. Valori che, a loro volta, «definiscono l'identità [...] dell'Unione quale ordinamento giuridico comune»<sup>78</sup>. Inoltre, come argomenta Lenaerts, il principio è da considerarsi strettamente legato al principio di uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati, di cui all'art. 4, par. 2, TUE<sup>79</sup>. In quest'ottica, la reciproca fiducia è strettamente legata al concetto di *membership* dell'UE, in quanto espressione di un mu-

<sup>72</sup> Parere 2/13, sopra citato, punto 194.

<sup>73</sup> *Ibidem*, punto 191.

<sup>74</sup> Questo principio non è concettualmente sovrapponibile a quello di reciproca fiducia. Per un'efficace definizione dei diversi significati dei due principi in questione, si veda E. PISTOIA, *op. cit.*, pp. 28-32.

<sup>75</sup> In argomento C. RIZCALLAH, *The principle of mutual trust and the protection of fundamental rights in the Area of Freedom, Security and Justice: A critical look at the Court of Justice's stone-by-stone approach*, in *MJECL*, vol. 30, n. 3, 2023, p. 255 ss.; A. MIGLIONICO, F. MAIANI, *One principle to rule them all? Anatomy of mutual trust in the law of the Area of Freedom, Security and Justice*, in *CMLR*, vol. 57, n. 1, 2020, p. 7 ss.; J. ÖBERG, *Trust in the Law? Mutual Recognition as a Justification to Domestic Criminal Procedure*, in *ECLR*, vol. 16, n. 1, 2020, p. 33 ss.; K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *DUE*, n. 3, 2015, p. 525 ss. Per una panoramica degli ambiti in cui trovano applicazione la reciproca fiducia ed il reciproco riconoscimento, si rimanda a E. REGAN, *op. cit.*, pp. 235-243.

<sup>76</sup> Secondo Rizcallah si tratterebbe di un principio avente carattere strutturale all'interno dell'ordinamento dell'Unione, in C. RIZCALLAH, *The principle of mutual trust*, cit., p. 259. Sul valore della reciproca fiducia come principio e come "caratteristica essenziale" dell'ordinamento, si veda anche E. PISTOIA, *op. cit.*, pp. 45-46.

<sup>77</sup> Parere 2/13, sopra citato, punto 168; *Achmea*, sopra citata, punto 34.

<sup>78</sup> Corte giust. 16 febbraio 2022, C-156/21, *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, punto 127.

<sup>79</sup> K. LENAERTS, *La vie après l'avis*, cit., pp. 807-809.



tamento di tipo qualitativo che si verifica nelle relazioni tra gli Stati membri, proprio in virtù del loro *status* di membro dell'Unione<sup>80</sup>. Sulla base di simili premesse, quindi, si capisce perché un'interferenza esterna con un siffatto principio sia suscettibile di «compromettere l'equilibrio sul quale l'Unione si fonda, nonché la sua autonomia»<sup>81</sup>.

Il progetto di accordo del 2013 non prevedeva alcun accorgimento al riguardo, e (anche) per questo è stato bocciato dalla Corte di giustizia. Il nuovo progetto tenta invece di rimediare. Esso, infatti, dispone che l'adesione non deve recare pregiudizio («shall not affect») all'applicazione del principio di reciproca fiducia e che, al contempo, la protezione dei diritti umani deve essere assicurata<sup>82</sup>. Sulla carta, la clausola suona come un compromesso tra le due esigenze. Inoltre, sembra rispecchiare la giurisprudenza delle due Corti, quella di Strasburgo e quella di Lussemburgo, successiva al parere 2/13. Nel rapporto esplicativo, infatti, si fa specifica menzione della rilevanza che il principio riveste per l'ordinamento dell'Unione e si dà una sintetica definizione del suo contenuto<sup>83</sup>. In ciò, i negoziatori si rifanno sia alla Corte di giustizia, sia alle posizioni espresse dalla Corte EDU.

In *Avotiņš*, quest'ultima ha riconosciuto l'importanza della reciproca fiducia tra gli Stati membri, definendola «wholly legitimate in principle from the standpoint of the Convention»<sup>84</sup>. D'altro canto, la Corte EDU ha anche affermato la necessità, ai sensi della CEDU, che l'applicazione del principio non porti ad una violazione dei diritti fondamentali<sup>85</sup>. In tal senso, essa non può operare in maniera meccanica o automatica. Secondo questa giurispru-

<sup>80</sup> S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 92. Il principio di reciproca fiducia si inserisce nel contesto più ampio dei rapporti tra Stati membri in quanto membri, e si lega al concetto di “*mutual membership*”. Per una definizione di quest'ultimo, si rimanda a F. CASOLARI, *Equality of States and Mutual Membership in European Union Law: Contemporary Reflections*, in D. AMOROSO ET AL. (eds.), *More equal than others?: perspectives on the principle of equality from International and EU Law*, The Hague, 2022, p. 39 ss., spec. p. 41. Per una lettura in chiave critica della relazione tra *membership* e reciproca fiducia, si veda *Editorial Comments: Union membership in times of crisis*, in *CMLR*, volume 51, n. 1, 2014, p. 1., spec. pp. 9-11.

<sup>81</sup> Parere 2/13, sopra citato, punto 194.

<sup>82</sup> Art. 6 del progetto di accordo.

<sup>83</sup> Rapporto esplicativo, parr. 87 e 88.

<sup>84</sup> Corte EDU 23 maggio 2016, ric. n. 17502/07, *Avotiņš c. Lettonia*, punto 113. Per un commento, si veda P. GRAGL, *An Olive Branch from Strasbourg? Interpreting the European Court of Human Rights' Resurrection of Bosphorus and Reaction to Opinion 2/13 in the Avotiņš Case ECtHR 23 May 2016, Case No. 17502/07, Avotiņš v Latvia*, in *ECLR*, vol. 13, n. 3, 2017, p. 551 ss.; G. BIAGIONI, *Avotiņš v Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights*, in *EP*, vol. 1, n. 2, 2016, p. 579 ss.

<sup>85</sup> *Avotiņš*, cit., punto 114.

denza, dunque, la Convenzione permette agli Stati membri dell'Unione di attenersi al principio di reciproca fiducia nei rapporti tra di loro, a meno che la protezione dei diritti umani risulti manifestamente deficitaria<sup>86</sup>.

Da parte sua, la CGUE ha avuto modo di chiarire che la fiducia reciproca non debba intendersi come fiducia "cieca" ed assoluta, ma come regola che ammetta eccezioni al fine di tutelare i diritti fondamentali<sup>87</sup>. Ciò era emerso già in *N.S. e a.*<sup>88</sup> ed è stato poi teorizzato sia nello stesso parere 2/13<sup>89</sup>, sia nella giurisprudenza di settore, a partire dalla nota sentenza *Aranyosi e Căldăraru*<sup>90</sup>, in materia di mandato di arresto europeo (MAE)<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> *Ibidem*, punto 116.

<sup>87</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Bobek, del 20 dicembre 2017, C-571/17 PPU, *Openbaar Ministerie*, par. 74. Cfr. K. LENAERTS, *La vie après l'avis*, cit.; G. ANAGNOSTARAS, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Caldăraru*, in *CMLR*, vol. 53, n. 6, 2016, p. 1675 ss.

<sup>88</sup> Corte giust. 21 dicembre 2011, C-411/10. In argomento, si veda C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *RDI*, n. 3, 2015, p. 701 ss.; G. MORGESE, *Regolamento di Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra gli Stati membri: la pronunzia della Corte nel caso «NS e altri»*, in *SIE*, n. 7, 2012, p. 147 ss.

<sup>89</sup> Parere 2/13, sopra citato, p. 191.

<sup>90</sup> Corte giust. 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15 PPU, punto 78. In dottrina, si veda G. ANAGNOSTARAS, *op. cit.*; G. ASTA, *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso Aranyosi e Căldăraru: una (difficile) coesistenza tra tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2016, p. 1 ss.; N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza "Aranyosi e Caldăraru"*, in *DUDI*, n. 2, 2016, p. 445 ss.

<sup>91</sup> Il MAE costituisce un ottimo ambito per indagare il rapporto tra reciproca fiducia e diritti fondamentali. Come scrive Rossi, infatti, «[i]l mandato d'arresto europeo costituisce, al momento, la forma forse più significativa della mutua fiducia fra gli Stati membri», in L. S. ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1, 2021, p. 1 ss. Come noto, la protezione dei diritti fondamentali come motivo di sospensione dell'esecuzione del MAE passa, in particolare, attraverso l'interpretazione data dalla Corte dell'art. 1, par. 3, della decisione quadro GAI 2002/584 del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. Sull'applicazione del principio di reciproca fiducia nell'ambito del MAE e sul tema della tutela dei diritti fondamentali in questo frangente, si veda, *inter alia* (ed in aggiunta alla dottrina di cui a questa nota ed alla precedente), F. CASOLARI, *Libertà personale e mutua fiducia tra Stati membri dell'UE nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: la giurisprudenza della Corte di giustizia sul mandato di arresto europeo*, in L. MEZZETTI, S. ROMANO (a cura di), *Habeas corpus. La tutela multilivello della libertà personale*, Pisa, 2023, p. 365 ss.; E. XANTHOPOULOU, *The European Arrest Warrant in a context of distrust: Is the Court taking rights seriously?*, in *ELR*, vol. 28, nn. 4-6, 2022, p. 218 ss.; L. S. ROSSI, *Mandat d'arrêt européen et défaillances de l'État de droit: une analyse en deux étapes*, in *FSJ*, n. 2, 2022, p. 1 ss.; V. MITSILEGAS, *Mutual*



La reciproca fiducia, dunque, non esclude di *default* la protezione dei diritti fondamentali. Al contrario, le due istanze sono considerate compatibili, almeno in linea di principio. Inoltre, come riconosce la Corte EDU<sup>92</sup>, nonché il rapporto esplicativo stesso<sup>93</sup>, si è assistito negli anni ad una progressiva convergenza tra la giurisprudenza delle due corti quanto ai limiti del principio in esame. Da un lato, infatti, la CGUE si è mostrata incline a trarre ispirazione dalla giurisprudenza della Corte EDU e, in una certa misura, ad allinearsi a questa. Così, per fare alcuni esempi<sup>94</sup>, la citata *N.S. e a.* fa seguito a *M.S.S. c. Belgio e Grecia*<sup>95</sup>, mentre *C.K. e a.*<sup>96</sup> fa seguito a *Tarakhel c. Svizzera*<sup>97</sup>. Come riconosce Lenaerts, il diritto UE viene influenzato dagli ordinamenti che lo circondano, CEDU inclusa<sup>98</sup>. Dall'altro lato, la Corte EDU ha contribuito a dare effettività al principio di fiducia reciproca e a consolidarne i limiti, arrivando a riscontrare una violazione dei diritti fondamentali da parte di uno Stato membro per quello che potrebbe intendersi come un eccesso nella deroga al principio<sup>99</sup>. In questa occasione, quindi, la Corte EDU ha agito in uno spirito di cooperazione con la Corte di giustizia<sup>100</sup>.

In tema di reciproca fiducia, dunque, notevoli passi avanti sono stati fatti dal 2014, ed il nuovo tentativo di adesione sembrerebbe poggiare per

*Recognition and Fundamental Rights in EU Criminal Law*, in S. IGLESIAS SÁNCHEZ, M. GONZÁLEZ PASCUAL (eds.), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, 2021, p. 253 ss.; S. MARINO, *La mutua fiducia ai tempi della crisi dei valori: il caso del mandato d'arresto europeo*, in *DUE*, n. 4, 2018, p. 633 ss.; 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 *EP*, vol. 1, n. 3, 2016, p. 965 ss.

<sup>92</sup> Avotiņš, sopra citata, punto 114.

<sup>93</sup> Rapporto esplicativo, par. 88.

<sup>94</sup> Così E. REGAN, *op. cit.*, pp. 244-245.

<sup>95</sup> Corte EDU 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09. L'elemento comune alle due pronunce a cui si fa riferimento consiste nel riconoscimento della non assolutezza del principio di reciproca fiducia. Come noto, infatti, in *N.S.*, la Corte di giustizia segue l'impostazione della Corte EDU nell'ammettere la possibilità di derogare al principio ai fini della tutela dei diritti fondamentali. Detto questo, si noti che gli approcci seguiti dai giudici nelle due rispettive sentenze presentano alcune differenze significative. Sul punto, si veda E. PISTOIA, *op. cit.*, pp. 34-39.

<sup>96</sup> Corte giust. 16 febbraio 2017, C-578/16 PPU.

<sup>97</sup> Corte EDU 4 novembre 2014, ric. n. 29217/12. L'elemento di continuità di questa seconda coppia di pronunce, invece, sta nell'applicazione di un test individuale (più diffusamente, si veda *infra* in questo paragrafo).

<sup>98</sup> K. LENAERTS, *La vie après l'avis*, cit., pp. 807, 839 e 840.

<sup>99</sup> Corte EDU 9 luglio 2019, ric. n. 8351/17, *Romeo Castaño/Belgio*, punti 82-85.

<sup>100</sup> L. S. ROSSI, *Autonomie Constitutionnelle de l'Union Européenne*, cit., p. 62.

ciò stesso su premesse promettenti. Nonostante questo, però, la suddetta clausola dell'accordo potrebbe non bastare ad evitare del tutto la possibilità di un impatto pregiudizievole sul principio di reciproca fiducia in seguito all'adesione. Ciò per almeno due motivi. Innanzitutto, se è vero che vi è stato un progressivo avvicinamento tra le Corti, è vero anche che non si assiste ad una completa sovrapposizione delle reciproche posizioni<sup>101</sup>. Un allineamento potrebbe forse dirsi raggiunto ove si prenda in considerazione la tutela di un diritto assoluto come quello di cui agli artt. 4 della Carta e 3 CEDU, relativo al divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti. In questo caso, infatti, entrambe le Corti applicano un test simile per valutare se ricorrano le circostanze che permettono – o meglio, richiedono – la deroga al principio. In particolare, si tratta di un test in una sola fase, volto ad accertare la presenza di un rischio in relazione alla situazione *individuale* del soggetto. Questo vale nel contesto del sistema Dublino (*C.K. e a.*)<sup>102</sup> ma non solo, come dimostra la recente sentenza nel caso *E.D.L.*<sup>103</sup>, in tema di MAE. Tuttavia, se ci si sofferma proprio sull'ambito del MAE e si guarda, in parti-

<sup>101</sup> Cfr. J. KROMMENDIJK, G. DE VRIES, *Do Luxembourg and Strasbourg Trust Each Other? The Interaction Between the Court of Justice and the European Court of Human Rights in Cases Concerning Mutual Trust*, in *Journal européen des droits de l'homme*, nn. 4-5, 2021, p. 319 ss.; E. DI FRANCO, M. CORREIA DE CARVALHO, *op. cit.*

<sup>102</sup> *C. K. e a.*, sopra citata.

<sup>103</sup> Corte giust. 18 aprile 2023, C-699/21. Per una lettura più circostanziata della sentenza, si veda L. VAN DER MEULEN, *Another exception to the rule: the E.D.L. case on EAW surrenders of seriously ill persons Case C-699/21, E.D.L. (Motifs de refus fondé sur la maladie), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 18 April 2023 EU:C:2023:295*, in *CMLR*, vol. 61, n. 1, 2024, p. 223 ss. Secondo l'Autrice, la pronuncia potrebbe – ipoteticamente – segnare un'evoluzione della giurisprudenza sulla scia di *C.K.* (*ivi*, pp. 234 e 237), che si basi sulla natura assoluta dei diritti di cui all'art. 4 della Carta. Tuttavia, l'Autrice conclude che la rilevanza del principio di reciproca fiducia nel caso in esame dovrebbe essere ridimensionata (*ivi*, p. 235), mentre la conclusione a cui arriva la Corte potrebbe essere vista come «just another exception to the rule» (*ivi*, p. 238). In definitiva, non è detto che la sentenza segni il superamento del test in due fasi per quanto attiene alla tutela dei diritti assoluti nell'ambito del MAE. Per ulteriori commenti al caso, si veda M. ARANCI, *La tutela della salute può giustificare il rifiuto della consegna del ricercato. Corte giust., sentenza 18 aprile 2023, C-699/21, EDL*, in *RDI*, n. 1, 2023, p. 124 ss.; S. MONTALDO, S. GIUDICI, *Nuove opportunità di tutela degli individui nel sistema del mandato d'arresto europeo: le ordinanze 216 e 217 del 2021 della Corte costituzionale*, in *La legislazione penale*, disponibile su [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu) (ultimo accesso 15/09/2023). In tema, anche E. XANTHOPOULOU, *The European Arrest Warrant in a context of distrust*, *cit.*, p. 224. Per una lettura in parte differente dell'impatto della pronuncia sul rapporto tra MAE e tutela dei diritti fondamentali, si veda L. GROSSIO, M. ROSI, *The Ultimate (but not the Only) Remedy for Securing Fundamental Rights in the EAW System? Some Reflections on Puig Gordi and E. D. L.*, in *EP*, vol. 8, n. 2, 2023, p. 547 ss.

colare, alla tutela di quei diritti che non sono assoluti<sup>104</sup>, è possibile osservare come la CGUE abbia finora utilizzato il test in due fasi di *Aranyosi e Căldăraru*<sup>105</sup>. Di conseguenza, allo stato attuale, per poter derogare all'esecuzione del mandato per motivi di tutela dei diritti fondamentali non assoluti del soggetto interessato, l'autorità giudiziaria nazionale deve accertare la presenza *cumulativa* di due circostanze: *i*) l'esistenza di un rischio reale di violazione dei diritti fondamentali dell'interessato a causa di *carenze sistemiche o generalizzate* nello Stato membro che ha emesso il MAE<sup>106</sup>; *ii*) l'esistenza di un simile rischio in relazione alla situazione individuale del soggetto<sup>107</sup>. La Corte di giustizia ha confermato ancora una volta questa impostazione nella recente sentenza *GN*<sup>108</sup>, così come suggeriva nelle sue conclusioni l'Avv. gen. Čapeta<sup>109</sup>.

Ebbene, non può dirsi scontato che un simile approccio sia del tutto in linea con la protezione dei diritti della Convenzione, in particolare laddove

<sup>104</sup> Il riferimento è in particolare al diritto ad un equo processo di cui all'art. 47 della Carta, ma il discorso può estendersi anche ad altri diritti, come per esempio quelli di cui agli artt. 7 e 24 della Carta (relativi alla tutela della vita familiare e dell'interesse superiore del minore): Corte giust. 21 dicembre 2023, C-261/22, *GN*. Finora, gli unici diritti fondamentali che hanno portato alla sospensione dell'esecuzione del mandato sono quelli previsti, rispettivamente, agli artt. 4 e 47 della Carta. Cfr. V. SALESE, *op. cit.*, p. 168.

<sup>105</sup> La Corte ha applicato questo test anche in altri frangenti della cooperazione giudiziaria in materia penale, come nel caso del regime previsto dalla decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea. A tal riguardo, si veda la recente Corte giust. 9 novembre 2023, C-819/21, *Staatsanwaltschaft Aachen*; cfr. A. ZEMSKOVA, *Op-Ed: "C-819/21 Staatsanwaltschaft Aachen: Mutual Trust Is Not Blind... Nor Is It Redundant"*, in *EU Law Live*, 21 November 2023, disponibile al link [www.eulawlive.com](http://www.eulawlive.com) (ultimo accesso 15/12/2023).

<sup>106</sup> Come la Corte spiega in *Puig Gordi*: «la constatazione, da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione, in merito all'esistenza di elementi che attestano carenze sistemiche o generalizzate del funzionamento del sistema giurisdizionale dello Stato membro emittente non può giustificare che tale autorità giudiziaria rifiuti l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo senza aver ultimato la seconda fase dell'esame»; si veda Corte giust. 31 gennaio 2023, C-158/21, *Puig Gordi e a*, punto 110. Per un confronto tra *Puig Gordi* e *E.D.L.*, si veda L. GROSSIO, M. ROSI, *op. cit.*

<sup>107</sup> L'esigenza dell'espletamento della seconda fase del test è ribadita in Corte giust. 25 luglio 2018, C-216/18 *PPU*, *LM*. Per un commento, si veda T. KOSTADINIDES, *Judicial Independence and the Rule of Law in the context of NON-Execution of a European Arrest Warrant: LM*, in *CMLR*, vol. 56, n. 3, 2019, p. 743 ss.

<sup>108</sup> *Supra*, nota 104. In argomento, S. MONTALDO, S. GIUDICI, *op. cit.*

<sup>109</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, del 13 luglio 2023, C-261/22, *GN*.

esso richieda necessariamente l'espletamento anche della prima fase del test, assieme alla seconda<sup>110</sup>. In questo scenario, infatti, potrebbero mancare i requisiti per la deroga all'obbligo di consegna dell'interessato, a prescindere dall'esito della seconda fase del test e, cioè, a prescindere dalla riscontrata sussistenza di un rischio individuale. Un siffatto bilanciamento, tra effettività del MAE e diritti dell'individuo, è suscettibile di sacrificare i secondi, almeno nel singolo caso, sull'altare della reciproca fiducia<sup>111</sup>. Nello scenario dell'adesione, dunque, qualora dovesse emergere un contrasto tra CEDU e reciproca fiducia sul punto, la Corte EDU potrebbe arrivare a contestare la violazione della prima sia allo Stato membro coinvolto<sup>112</sup>, come ha fatto in *Bivolaru e Moldovan/Francia*<sup>113</sup>, sia all'UE stessa, in virtù del meccanismo del convenuto aggiunto.

In secondo luogo, anche se la Corte EDU dovesse ritenere che il suddetto approccio della CGUE sia compatibile con la Convenzione, l'adesione potrebbe comunque causare un attrito tra la giurisdizione della Corte EDU ed il diritto dell'Unione in relazione al principio di reciproca fiducia. Infatti, tale principio non ha un contenuto predefinito e cristallizzato, ma

<sup>110</sup> Quello del MAE non è necessariamente l'unico ambito in cui l'approccio delle due Corti potrebbe divergere con riguardo al rapporto tra reciproca fiducia e diritti fondamentali. Un altro esempio, infatti, potrebbe essere quello del meccanismo per il ritorno del minore in caso di sottrazione di minori verso l'estero, di cui all'art. 11 del 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 (É). Cfr. E. DUBOUT, *L'équilibre fragile*, cit., p. 649; L. S. ROSSI, *I rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU*, cit., p. 48. Per un approfondimento in materia, si rimanda a S. BARTOLINI, *In the Name of the Best Interests of the child: The Principle of Mutual Trust in Child Abduction Cases*, in *CMLR*, vol. 56, n. 1, 2019, p. 91 ss.

<sup>111</sup> Si veda, in merito, la spiegazione fornita in conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, *GN*, sopra citate, par. 29-32. Per ovviare a ciò, Rizcallah suggerisce l'adozione di un nuovo approccio da parte della Corte di giustizia, che superi il test in due fasi che concentri l'analisi sulla presenza di un rischio individuale. L'esame della situazione generale non sarebbe escluso, ma rappresenterebbe solo un aspetto della valutazione complessiva. Secondo l'Autrice, tale soluzione sarebbe maggiormente in linea con la posizione della Corte EDU; in C. RIZCALLAH, *The principle of mutual trust and the protection of fundamental rights*, cit., pp. 14-15.

<sup>112</sup> Cfr. E. XANTHOPOULOU, *The European Arrest Warrant in a context of distrust*, cit., p. 226.

<sup>113</sup> Corte EDU 25 marzo 2021, ricc. nn. 40324/16 e 12623/17. Per un commento, si veda J. CALLEWAERT, *The European arrest warrant under the European Convention on Human Rights: A matter of Cooperation, Trust, Complementarity, Autonomy and Responsibility*, in *ZEUS*, Sonderband, 2021, p. 105 ss.

“vive” nelle pronunce della CGUE, evolvendosi di caso in caso<sup>114</sup>. Pertanto, l’adesione potrebbe comportare un’interferenza con il principio in questione e, più in generale, con l’autonomia del diritto dell’Unione, ogni qual volta la Corte EDU dovesse arrivare a dare una propria interpretazione o definizione del principio<sup>115</sup>. Ciò, infatti, dovrebbe pur sempre costituire una prerogativa della CGUE, quale interprete ultima del diritto dell’Unione<sup>116</sup>. Vero è che, nel tempo, come si è accennato, la CGUE ha tendenzialmente seguito la giurisprudenza della Corte EDU quanto al bilanciamento del principio con la tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia, questo percorso è stato volontario, e compiuto “autonomamente” dalla Corte di giustizia<sup>117</sup>. Dal punto di vista dell’autonomia del diritto UE, invece, tutt’altra cosa sarebbe se la CGUE venisse “forzata”, a seguito dell’adesione, ad adeguarsi alla visione della Corte EDU in materia.

Alla luce di quanto osservato, si può concludere che la clausola del progetto volta a salvaguardare la reciproca fiducia non sia idonea ad evitare ogni possibile rischio. D’altra parte, difficilmente si sarebbe potuto negoziare una clausola migliore. Un’opzione avrebbe potuto essere quella di eliminare il problema alla radice, inserendo una disposizione che escludesse la responsabilità di uno Stato membro per non aver valutato il livello del rispetto dei diritti della CEDU di un altro Stato membro, come suggeriva Lock<sup>118</sup>. Evidentemente, però, un’esonazione di responsabilità avente simile portata sarebbe stata troppo sbilanciata, anche alla luce della posizione espressa dalla Corte EDU in *Avotīņš*, sopra richiamata<sup>119</sup>.

Tuttavia, se valutato nel suo complesso, il progetto di accordo potrebbe comunque essere giudicato compatibile con i Trattati in sede di parere, con riguardo a questo aspetto. In particolare, la risposta al problema potrebbe risiedere nel combinato disposto della clausola in esame con il meccanismo di previo coinvolgimento<sup>120</sup>. Questo meccanismo, infatti, permetterebbe alla

<sup>114</sup> Cfr. E. XANTHOPOULOU, *Mutual trust and rights in EU criminal and asylum law: Three phases of evolution and the uncharted territory beyond blind trust*, in *CMLR*, vol. 55, n. 2, 2018, p. 489 ss.

<sup>115</sup> Così anche T. LOCK, *Op-Ed*, cit.

<sup>116</sup> Parere 2/13, sopra citato, punti 174-176.

<sup>117</sup> Cfr. K. LENAERTS, *La vie après l’avis*, cit., p. 807.

<sup>118</sup> T. LOCK, *The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*, in *ECLR*, vol. 11, n. 2, p. 239 ss., spec. p. 261.

<sup>119</sup> *Supra*, in questo paragrafo.

<sup>120</sup> Cfr. T. LOCK, *Op-Ed*, cit.; J. P. JACQUÉ, *What next after Opinion 2/13 of the Court of Justice on the accession of the EU to the ECHR?*, IPOL\_STU(2016)556975, 2016, disponibile su [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu) (ultimo accesso 15/09/2023), p. 35.

CGUE di pronunciarsi su una specifica questione riguardante la reciproca fiducia (qualora non lo abbia già fatto) prima che la stessa venga decisa dalla Corte EDU. Pertanto, quest'ultima si troverebbe nella condizione di dirimere la questione sottopostale conscia della posizione già espressa dalla prima. In questo modo, essa potrebbe evitare di dare una propria versione quanto a contenuto, portata e limiti della reciproca fiducia, così da non ledere l'autonomia del diritto UE.

Detto ciò, bisogna però notare che il meccanismo di previo coinvolgimento non attribuisce alle pronunce della CGUE un'efficacia vincolante per la Corte EDU. Quest'ultima, quindi, non sarebbe obbligata a seguire la linea dettata dalla prima. Pertanto, perché l'adesione avvenga senza pregiudizio per la reciproca fiducia, è richiesto un certo spirito di collaborazione tra le due Corti<sup>121</sup>. In questo senso, la Corte EDU dovrebbe astenersi da uno scrutinio suscettibile di svuotare di contenuto il principio di reciproca fiducia. Al contrario, essa dovrebbe cercare di rifarsi il più possibile alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia e, almeno in una certa misura, fare affidamento al livello di tutela dei diritti fondamentali garantito da quest'ultima<sup>122</sup>.

<sup>121</sup> Secondo Tizzano, invero, «l'adhésion de l'Union à la CEDH doit permettre d'inscrire la Cour de justice et la Cour EDH dans une dynamique de coordination et de complémentarité»; in A. TIZZANO, *La coopération entre la Cour de justice et la Cour EDH en tant que moyen d'assurer une protection cohérente des droits de l'homme*, in D. PETRLÍK ET AL. (sous la direction de), *op. cit.*, p. 117 ss., spec. p. 125. In quest'ottica, la relazione tra le due Corti *post*-adesione dovrebbe articolarsi in un senso che sia orizzontale e di interazione, non verticale e gerarchico (*ivi*, p. 120 ss.). L'alternativa sarebbe quella di rendere vincolanti per la Corte EDU le pronunce della Corte di giustizia in materia di reciproca fiducia rese tramite il previo coinvolgimento. Il rapporto esplicativo, però, è molto netto nell'escludere questa possibilità (par. 78). Evidentemente, ciò è indice di una chiara volontà dei negoziatori di preservare l'autorità della Corte EDU ed evitare un'eccessiva invadenza da parte della Corte di giustizia. In effetti, se lo scopo dell'adesione è quello di garantire un controllo esterno all'attività dell'Unione nell'ambito dei diritti umani, un simile limite allo scrutinio della Corte EDU risulterebbe sproporzionato e non giustificabile.

<sup>122</sup> Si potrebbe immaginare il mantenimento *post*-adesione della presunzione di protezione equivalente, ossia della dottrina *Bosphorus* (Corte EDU 30 giugno 2005, ric. n. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm/Irlanda*; in dottrina, si veda C. COSTELLO, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, vol. 6, n. 1, 2006, p. 87 ss.), con riguardo all'ambito specifico della reciproca fiducia. Sull'opportunità di una soluzione simile, si veda M. SMOLEK, *op. cit.*, pp. 371 e 372. Anche se il progetto ed il rapporto esplicativo non fanno espressa menzione della dottrina *Bosphorus*, uno sviluppo in questa direzione non può dirsi escluso. In *Avotiņš*, in effetti, la Corte EDU afferma che tale dottrina copre i casi di applicazione dei meccanismi di mutuo riconoscimento, fondati sul principio di reciproca fiducia, a meno che



La Corte di giustizia, dal canto suo, dovrebbe dare prova di mantenere un approccio rigoroso quanto alla protezione dei diritti fondamentali nel contesto dell'applicazione del principio di reciproca fiducia. Altrimenti, la Corte EDU potrebbe essere costretta a rilevare un contrasto tra il principio e i diritti sanciti dalla Convenzione, per quanto collaborativo possa essere il suo atteggiamento. In aggiunta a ciò, già prima dell'adesione, in sede di valutazione del progetto di accordo, la Corte di giustizia sarà chiamata a fare affidamento sulla predisposizione della Corte EDU di recepire (il più possibile) quanto stabilito a Lussemburgo con riguardo alla portata ed ai limiti della reciproca fiducia. Entrambe le cose, ovviamente, non possono darsi per scontate. In definitiva, quindi, potrebbe dirsi che la soluzione della questione della reciproca fiducia passi proprio... dalla fiducia tra le due Corti.

##### 5. *Il nodo PESC e la giurisprudenza della CGUE*

Come anticipato, il progetto di accordo non contiene alcuna disposizione sul controllo giurisdizionale in ambito PESC. Nel parere 2/13, si ricorderà, è stato constatato che, a fronte della mancanza di giurisdizione della

ciò non comporti una manifesta violazione dei diritti della Convenzione (*supra*, nota 84). Cfr. P. GRAGL, *op. cit.*, pp. 561-566. Sul rapporto tra la dottrina *Bosphorus* ed il principio di reciproca fiducia, si veda anche L. POTVIN-SOLIS, *op. cit.*, pp. 389-391. In seguito all'adesione, quindi, la Corte EDU potrebbe continuare a presumere il rispetto dei diritti della CEDU laddove lo Stato membro agisca in ossequio al principio di reciproca fiducia. In questo modo, si eviterebbe uno scrutinio che richieda una valutazione caso per caso della compatibilità tra reciproca fiducia e Convenzione. Ovviamente, però, si tratterebbe pur sempre di una presunzione relativa, che opera fintanto che non si verifichi una violazione manifesta dei diritti della CEDU. Di conseguenza, l'occorrere di un eventuale conflitto tra reciproca fiducia e Convenzione dipende da come verrà intesa dalla Corte EDU la soglia della violazione manifesta, e da quanto strette saranno le sue maglie. Per evitare lo scontro, nell'ottica di quello spirito di cooperazione tra Corti sopra richiamato, sarebbe necessario limitare quanto più possibile i casi in cui venga rilevata siffatta violazione manifesta. Magari, ciò potrà avvenire in virtù di una più generale fiducia sul livello di tutela dei diritti all'interno dell'ordinamento dell'Unione, tale da giustificare una simile presunzione. Per una posizione scettica sulla sopravvivenza della dottrina *Bosphorus* in generale, successivamente all'adesione, si veda C. ECKES, *EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaptation*, in *The Modern Law Review*, vol. 76, n. 2, 2013, p. 254 ss., p. 280; per una posizione più possibilista a riguardo, si veda C. TIMMERMANS, *Will the Accession of the EU to the European Convention on Human Rights fundamentally change the relationship between the Luxembourg and the Strasbourg Courts?*, in *EUI Law Centre for Judicial Cooperatio DL*, n. 1, 2014, disponibile su [www.cadmus.eui.eu](http://www.cadmus.eui.eu) (ultimo accesso 15/09/2023).

CGUE su «taluni atti» PESC, l'adesione avrebbe comportato l'affidamento del controllo giurisdizionale su tali atti in via esclusiva alla Corte EDU. La conclusione a cui è giunta la Corte è che ciò avrebbe leso le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione<sup>123</sup>. Come si evince dalla pronuncia, infatti, il controllo giurisdizionale su atti, azioni od omissioni dell'UE non può essere attribuito in via esclusiva ad un organo giurisdizionale internazionale esterno al sistema giurisdizionale dell'Unione stessa, neppure se limitato al solo rispetto dei diritti fondamentali<sup>124</sup>. Alla radice del problema, dunque, si trova la c.d. clausola di “*carve-out*” di cui all'art. 24 TUE, che esclude la giurisdizione della CGUE sugli atti PESC, con l'eccezione del controllo del rispetto dell'art. 40 TUE e della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive, come ribadito e precisato dall'art. 275, par. 2, TFUE (c.d. clausola di “*claw-back*”)<sup>125</sup>. Dal parere 2/13 si potrebbe quindi desumere

<sup>123</sup> Parere 2/13, sopra citato, punti 252-257.

<sup>124</sup> *Ibidem*, punto 256. A riguardo, molti commentatori hanno espresso posizioni critiche nei confronti del parere, chiedendosi come possa configurarsi un pregiudizio delle prerogative della Corte, proprio in un ambito in cui la Corte non ha giurisdizione; così, *ex multis*, S. VEZZANI, *op. cit.*, p. 103. Vi è, però, chi sottolinea come sia proprio l'assenza di una propria competenza in materia alla base delle preoccupazioni della Corte di giustizia, la quale potrebbe essere stata animata dal timore descritto da Halberstam, secondo cui: «accession on Draft Agreement terms would have meant that in CFSP matters beyond Luxembourg's jurisdiction, Strasbourg would effectively have become the European Union's constitutional court»; in D. HALBERSTAM, *op. cit.*, p. 142.

<sup>125</sup> L'assenza di una competenza generale della CGUE in materia ha portato l'Avv. gen. Wahl a qualificare la PESC come *lex imperfecta*, in conclusioni dell'Avv. gen. Wahl, del 7 aprile 2016, C-455/14 P, H/Consiglio, par. 38-40. Cfr. R. A. WESSEL, *Lex Imperfecta: Law and Integration in European Foreign and Security Policy*, in EP, vol. 1, n. 2, 2016, p. 439 ss.; C. HILLION, *A Powerless Court? The European Court of Justice and the EU Common Foreign and Security Policy*, in M. CREMONA, A. THIES (eds.), *op. cit.*, p. 47 ss.; P. J. CARDWELL, *On 'Ring-Fencing' the Common Foreign and Security Policy in the Legal Order of the European Union*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 64, n. 4, 2013, p. 443 ss. Sulla protezione dei diritti umani in ambito di PESC e PSDC e sui suoi limiti, si veda J. DE CONINCK, *Effective Remedies for Human Rights Violations in EU CSDP Military Missions: Smoke and Mirrors in Human Rights Adjudication?*, in GLJ, vol. 24, 2023, p. 342 ss.; S. Ø. JOHANSEN, *Accountability Mechanisms for Human Rights Violations by CSDP Missions: Available and Sufficient?*, in ICLQ, vol. 66, n. 1, 2017, p. 181 ss.; C. TIMMERMANS, *EU Common Foreign and Security Policy and Protection of Fundamental Rights*, in J. CZUCZAI, F. NAERT (eds.), *The EU As a Global Actor – Bridging Legal Theory and Practice: Liber Amicorum in Honour of Ricardo Gosalbo Bono*, Leiden, 2017, p. 295 ss.; C. HILLION, *Decentralised Integration? Fundamental Rights Protection in the EU Common Foreign and Security Policy*, in EP, vol. 1, n. 1, 2016, p. 55 ss. Più in generale, in argomento, si veda C. CELLERINO, *EU external action and the Rule of Law: ensuring the Judicial Protection of Human Rights beyond the Right of Access to Judicial Protection*,



l'esistenza di una tensione tra le disposizioni dei Trattati, in particolare tra la norma che prevede l'adesione alla CEDU e la clausola di "carve-out"<sup>126</sup>. Tensione che, evidentemente, la previsione della clausola di "claw-back" non era idonea ad evitare. Secondo la Corte, infatti, l'estensione della propria giurisdizione deve arrivare a coprire tutti i casi potenzialmente suscettibili di essere sottoposti alla Corte EDU una volta avvenuta l'adesione, ossia quelli aventi ad oggetto una potenziale lesione dei diritti fondamentali.

A tal riguardo, bisogna anzitutto osservare che, anche in questo ambito, il quadro è (significativamente) mutato rispetto al 2014. Negli anni successivi al parere 2/13, infatti, la competenza della CGUE in materia ha visto un progressivo ampliamento, tramite la giurisprudenza della Corte stessa<sup>127</sup>. Questa si è spinta ben oltre i limiti testuali posti dai Trattati, secondo un approccio definito "integrazionista"<sup>128</sup>, basato cioè sull'assunto che l'esclusione della giurisdizione della CGUE in materia di PESC non sia la regola, bensì una deroga al regime di giurisdizione generale della Corte. Di conseguenza, in quanto eccezione, l'ampiezza di tale esclusione deve es-

in *DUE*, n. 4, 2017, p. 669 ss. Per un quadro sulle caratteristiche della PESC *post*-Lisbona, si rimanda a A. RIZZO, *Profili giuridico-istituzionali della politica di sicurezza e difesa comune dell'Unione Europea*, in *DUE*, n. 2, 2016, p. 285 ss.; P. VAN ELSUWEGE, *EU External Action after the Collapse of the Pillar Structure: In search of a New Balance between Delimitation and Consistency*, in *CMLR*, vol. 47, n. 4, 2010, p. 987 ss.

<sup>126</sup> Secondo l'Avv. gen. Kokott, ciò sarebbe comunque frutto di una scelta consapevole da parte dei redattori dei Trattati; si veda presa di posizione dell'Avv. gen. Kokott, sopra citata, par. 194.

<sup>127</sup> Questa giurisprudenza è efficacemente riassunta nelle conclusioni dell'Avv. gen. Bobek, del 19 marzo 2020, C-14/19 P, *SATCEN/KF*, par. 52-62. In dottrina, si veda S. POLI, *The right to effective judicial protection with respect to acts imposing restrictive measures and its transformative force for the Common Foreign and Security Policy*, in *CMLR*, vol. 59, n. 4, 2022, p. 1045 ss.; P. VAN ELSUWEGE, *Judicial review and the Common Foreign and Security Policy: Limits to the gap-filling role of the Court of Justice*, in *CMLR*, vol. 58, n. 6, 2021, p. 1731 ss.; J. HELISKOSKI, *Made in Luxembourg: The fabrication of the law on jurisdiction of the Court of Justice of the European Union in the field of the Common Foreign and Security Policy*, in *Europe and the World: A law review*, vol. 2, n. 1, 2018, p. 3 ss.; P. KOUTRAKOS, *Judicial Review In The E's Common Foreign and Security Policy*, in *ICLQ*, vol. 67, n. 1, 2018, p. 1 ss.; G. BUTLER, *The Coming of Age of the Court's Jurisdiction in the Common Foreign and Security Policy*, in *ECLR*, vol. 13, n. 4, 2017, p. 673 ss.; M. CREMONA, *Effective Judicial Review Is of the Essence of the Rule of Law: Challenging Common Foreign and Security Policy Measures Before the Court of Justice*, in *EP*, vol. 2, n. 2, 2017, p. 671 ss.; C. ECKES, *Common Foreign and Security Policy: The Consequences of the Court's Extended Jurisdiction*, in *ELJ*, vol. 22, n. 4, 2016, p. 492 ss.

<sup>128</sup> Così è stata definito, *inter alia*, da P. KOUTRAKOS, *Judicial Review*, cit., p. 2.

sere interpretata restrittivamente<sup>129</sup>. Muovendo da una simile premessa, la giurisprudenza è andata evolvendosi su due fronti differenti, ma sostanzialmente complementari. Per un verso, è stata data interpretazione restrittiva alla clausola di “*carve-out*”. Ciò è avvenuto, ad esempio, in *UE-Mauritius*<sup>130</sup>, *Elitaliana*<sup>131</sup> e *H c. Consiglio e a.*<sup>132</sup>. Per altro verso, è stata interpretata estensivamente la clausola di “*claw-back*”, facendo leva su argomenti attinenti all’effettività della tutela giurisdizionale ed allo Stato di diritto. È questo il caso di *Rosneft*<sup>133</sup>, in cui è stata confermata la ricevibilità di una domanda di validità su rinvio pregiudiziale, e di *Bank Refah Kargararn*<sup>134</sup>, in cui la giurisdizione della CGUE è stata estesa ai ricorsi per il risarcimento del danno *ex artt.* 268 e 340 TFUE<sup>135</sup>.

L’estensione della portata della clausola di “*claw-back*”, però, è avvenuta solo in relazione alle decisioni che dispongono misure restrittive. Rispetto a tali atti, in effetti, la competenza della Corte di giustizia può dirsi attualmente estesa sufficientemente da coprire tutti i casi in cui in ballo vi sia il rispetto dei diritti fondamentali. Allo stato dell’arte, infatti, mancano nel novero dei rimedi giurisdizionali esperibili dinanzi ad essa soltanto il rinvio pregiudiziale interpretativo e il ricorso in carenza, rispetto ai quali la Corte non si è ancora espressa. Quanto al primo, essa avrà presto modo di

<sup>129</sup> Questa posizione, espressa per la prima volta in Corte giust. 24 giugno 2014, C-658/11, *Parlamento/Consiglio*, punto 70, viene spesso ribadita nelle pronunce della CGUE in materia, come in Corte giust. 6 ottobre 2020, C-134/19 P, *Bank Refah Kargararn/Consiglio*, punto 32. Per una visione diversa, si veda la presa di posizione dell’Avv. gen. Kokott, sopra citata, par. 89.

<sup>130</sup> *Parlamento/Consiglio*, sopra citata.

<sup>131</sup> Corte giust. 12 novembre 2015, C-439/13 P, *Elitaliana/Eulex Kosovo*.

<sup>132</sup> Corte giust. 19 luglio 2016, C-455/14 P, *H/Consiglio e a.*

<sup>133</sup> Corte giust. 28 marzo 2017, C-72/15, *Rosneft*. Per un commento, si veda M. GATTI, *Jurisdiction de la Cour de Justice sur les Renvois Pré-judiciels en Matière de PESC. À Propos de L’arrêt Rosneft de la CJUE*, in *Annuaire Français de Droit International*, 2018, p. 34 ss.; L. LONARDO, *Law and Foreign Policy Before the Court: Some Hidden Perils of Rosneft*, in *EP*, vol. 3, n. 2, 2018, p. 547 ss.; S. POLI, *The Common Foreign Security Policy after Rosneft: Still imperfect but gradually subject to the rule of law*, in *CMLR*, vol. 54, n. 6, 2017, p. 1799 ss.

<sup>134</sup> *Bank Refah Kargararn/Consiglio*, sopra citata. Per un commento, si veda S. POLI, *The right to effective judicial protection*, cit., pp. 1050-1057; M. BARTOLONI, ‘Restrictive Measures’ Under Art. 215 TFEU: Towards a Unitary Legal Regime? Brief Reflections on the Bank Refah Judgment, in *EP*, vol. 5, n. 3, 2020, p. 1359; F. BESTAGNO, *Danni derivanti da misure restrittive in ambito PESC e azioni di responsabilità contro l’UE*, in *EJ*, n. 4, 2020, p. 280 ss.

<sup>135</sup> Ciò, nonostante il fatto che l’art. 275 TFUE menzioni espressamente soltanto i ricorsi diretti di annullamento, di cui all’art. 263 TFUE.

farlo, nel caso *Neves 77 Solutions*<sup>136</sup>. Posto che è stato considerato ricevibile il rinvio di validità<sup>137</sup>, è possibile aspettarsi che la pronuncia andrà nel senso della ricevibilità anche in questo caso<sup>138</sup>. Il secondo rimedio, invece, potrebbe dirsi in fin dei conti poco rilevante dal punto di vista della protezione dei diritti fondamentali<sup>139</sup>.

Diversamente, la competenza della CGUE continua a rimanere esclusa per quanto riguarda atti, azioni ed omissioni dell'Unione in settori della PESC diversi da quello delle misure restrittive, anche se suscettibili di causare una violazione dei diritti fondamentali<sup>140</sup>. Si pensi, ad esempio, alle missioni condotte nel contesto della Politica di Sicurezza e Difesa Comune (PSDC)<sup>141</sup>. Così, in *KS e KD c. Consiglio e a.*<sup>142</sup>, il Tribunale ha rigettato un ricorso esperito *ex art.* 268 TFUE, a motivo della propria incompetenza. In questo caso, i ricorrenti avevano agito per ottenere il risarcimento dei danni di cui all'art. 340 TFUE, dovuti alla violazione dei propri diritti fondamentali da parte delle istituzioni dell'UE (Commissione, Consiglio e Servizio europeo per l'Azione esterna) nell'ambito della missione EULEX Kosovo. Secondo il Tribunale, però, il “*carve-out*” impedisce alla CGUE di esprimersi sulle azioni ed omissioni in oggetto. Queste, secondo il giudice di

<sup>136</sup> C-351/22, *Neves 77 Solutions*. Cfr. C. CONTARTESE, *Conclusioni dell'AG Ćapeta nelle cause KS/KD (C-29/22 P e C-44/22 P) e Neves (C-351/22) del 23 novembre 2023, ovvero come la CGUE dovrebbe assicurarsi che “qualsiasi treno che possa arrivare a Strasburgo deve prima fermarsi a Lussemburgo”?*, in *BlogDUE*, 1° febbraio 2024, disponibile su [www.aisdue.eu](http://www.aisdue.eu) (ultimo accesso 3/02/2024); C. BREITLER, *Jurisdiction in CFSP Matters – Conquering the Gallic Village One Case at a Time?*, in *European Law Blog*, 13 October 2022, disponibile al link [www.europeanlawblog.eu](http://www.europeanlawblog.eu) (ultimo accesso 15/09/2023).

<sup>137</sup> *Rosneft*, sopra citata.

<sup>138</sup> Cfr. S. POLI, *The Common Foreign Security Policy after Rosneft*, cit., p. 1829. Nelle proprie conclusioni al caso, l'Avv. gen. Ćapeta sostiene che la Corte dovrebbe declinare la propria giurisdizione a conoscere di un simile rinvio interpretativo, il quale dovrebbe ritenersi coperto dalla clausola di “*carve-out*”; conclusioni dell'Avv. gen. Ćapeta, del 23 novembre 2023, C-351/22, *Neves 77 Solutions*. Tuttavia, come si dirà meglio di seguito, nella concezione dell'Avv. gen. questo non rappresenterebbe un problema per l'adesione (si veda *infra*, in questo paragrafo).

<sup>139</sup> Nell'ambito delle misure restrittive, è difficile immaginare uno scenario in cui, dalla mancata adozione di un atto da parte delle istituzioni, in violazione dei Trattati (ai sensi dell'art. 265 TFUE), possa derivare una violazione dei diritti fondamentali di un individuo.

<sup>140</sup> Così nelle conclusioni dell'Avv. gen. Wathelet, del 31 maggio 2016, C-72/15, *Rosneft*, par. 73-75. Cfr. S. POLI, *The Common Foreign Security Policy after Rosneft*, cit., p. 1816.

<sup>141</sup> Per un approfondimento sul punto, si rimanda a S. Ø. JOHANSEN, *Accountability Mechanisms for Human Rights Violations*, cit.

<sup>142</sup> Tribunale ord. 10 novembre 2021, T-771/20, *KS e KD/Consiglio e a.*

prima istanza, attengono alla definizione ed implementazione della PSDC e, in quanto tali, esulano dalla copertura della clausola di “*claw-back*”<sup>143</sup>.

L'evoluzione giurisprudenziale “integrazionista” vista fino ad ora, quindi, non è da sola sufficiente a superare l'ostacolo che si frappone all'adesione rispetto al controllo sugli atti PESC. In effetti, per quanto estensivamente possano essere interpretati, i termini degli artt. 24 TUE e 275 TFUE difficilmente si presterebbero ad un ulteriore allargamento delle competenze della CGUE per via pretoria<sup>144</sup>. Certo, questa possibilità non può dirsi del tutto esclusa. Nel parere 2/13, la Commissione aveva proposto un'interpretazione sistematica di quelle disposizioni tale da ricomprendere sotto la giurisdizione della CGUE «tutte le situazioni che possono costituire l'oggetto di un ricorso dinanzi alla Corte EDU»<sup>145</sup>. Sul punto, la Corte aveva assunto una posizione possibilista: non aveva respinto nel merito il suggerimento della Commissione, ma si era limitata ad osservare di non aver ancora avuto l'opportunità di precisare «la portata delle limitazioni della propria competenza [nel settore della PESC]»<sup>146</sup>. Ad oggi, l'interpretazione delle Commissioni non è ancora stata accolta, né esplicitamente rigettata. La Corte avrà, però, presto occasione di esprimersi sul punto, proprio con riguardo al già citato caso *KS e KD c. Consiglio e a.*, nell'ambito del ricorso avverso l'ordinanza del Tribunale (d'ora in poi *KS*)<sup>147</sup>. Infatti, l'impugnazione verte precisamente sull'interpretazione troppo estensiva (secondo i ricorrenti) che il Tribunale avrebbe dato della portata della clausola di “*carve-out*”. Fare un prognostico sull'esito del ricorso non è cosa semplice. In linea generale, la giurisdizione della CGUE in materia di ricorsi *ex art. 268 TFUE* viene considerata esclusa in materia di PESC<sup>148</sup>. D'altra parte, si è osservato come, recentemente, in *Bank Refah Kargaran*, la Corte abbia affermato la propria competenza in procedimenti di questo tipo, per quanto concerne le decisioni che dispon-

<sup>143</sup> Il Tribunale spiega puntualmente perché quello in esame non potrebbe essere paragonato ai casi, sopra menzionati, in cui la Corte di giustizia ha ritenuto sussistente la propria competenza in ambito di PESC; *ibidem*, punti 34-39.

<sup>144</sup> Cfr. S. POLI, *The right to effective judicial protection*, cit., p. 1057; P. VAN ESLUWEGE, *Judicial review and the Common Foreign and Security Policy: Limits to the gap-filling role of the Court of Justice*, in *CMLR*, vol. 58, n. 6, 2021, p. 1731 ss., p. 1757.

<sup>145</sup> Parere 2/13, sopra citato, punto 251.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

<sup>147</sup> *Supra*, nota 34. Cfr. C. BREITLER, *op. cit.*

<sup>148</sup> Cfr. D. HANF, *EU Liability Actions*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law: The European Union Legal Order: Volume I*, Oxford, 2018, p. 910 ss., spec. p. 932. A favore dell'estensione della giurisdizione della CGUE in questo frangente, C. ECKES, *Common Foreign and Security Policy*, cit., pp. 508-511.

gono misure restrittive di cui all'art. 275 TFUE. Dovrebbe invece ritenersi che tale competenza rimanga esclusa con riguardo a tutti gli altri atti dell'UE in ambito di PESC? Come riassume efficacemente Bobek<sup>149</sup>, dalla lettera della clausola di “*carve-out*” e dalla giurisprudenza della Corte si ricava che un atto sia sottratto alla giurisdizione della CGUE, ex art. 24 TUE, se ricorrono cumulativamente due condizioni: *i*) l'atto è formalmente basato su disposizioni relative alla PESC; *ii*) l'atto deve corrispondere ad una misura PESC anche in concreto o quanto al suo contenuto. Nel caso in esame, sono presenti entrambe le condizioni. Se si applica questo test, quindi, la domanda sopra posta dovrebbe avere necessariamente una risposta affermativa: la giurisdizione della CGUE è da ritenersi esclusa<sup>150</sup>.

È però anche possibile immaginare un ulteriore passo giurisprudenziale nel senso dell'allargamento delle competenze della CGUE in materia, da realizzarsi tramite una lettura innovativa della clausola “*carve-out*”. Il caso *KS* si potrebbe prestare a tal scopo.

Nel 2019, in una diramazione della vicenda giudiziaria *KS*, i ricorrenti avevano sottoposto la questione del risarcimento del danno alla giurisdizione di uno Stato (all'epoca) membro, il Regno Unito<sup>151</sup>. Il giudice nazionale aveva concluso ritenendo di non avere giurisdizione in materia e, in un *obiter dictum*, aveva ipotizzato che la CGUE potesse invece essere il foro competente<sup>152</sup>. L'idea sottesa a tale posizione sarebbe quella di riconsiderare il contenuto e la portata di quella scelta dei redattori dei Trattati che sta alla base del “*carve-out*”. In quest'ottica, il confine della giurisdizione della CGUE non sarebbe tracciato dal tipo di misura in esame o dal tipo di rimedio giu-

<sup>149</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Bobek, *SATCEN/KF*, sopra citate, par. 61.

<sup>150</sup> Evidentemente, questo sarebbe contrario alla lettera dei Trattati, la quale, ricorda l'Avv. gen. Wahl, è frutto di una «scelta consapevole» da parte degli Stati membri; conclusioni dell'Avv. gen. Wahl, *H/Consiglio*, sopra citate, par. 49.

<sup>151</sup> High Court of Justice, Queen's Bench Division, sentenza del 13 febbraio 2019, *Tomanović et al. v. the European Union et al.* [2019] EWHC 263 (QB). Il ricorso è stato intentato avverso l'UE, il Consiglio dell'Unione, il Servizio europeo per l'azione esterna ed EULEX Kosovo. Per un commento, si veda S. Ø. JOHANSEN, *Suing the European Union in the UK: Tomanović e a./The European Union e a.*, in *EP*, vol. 4, n. 1, 2019, p. 345 ss.

<sup>152</sup> Posto che, come notato il giudice del Regno Unito, la questione rimane piuttosto incerta. Secondo il giudice britannico, infatti, «a claim based on a violation by an EU institution, body, office or agency of human rights guaranteed by EU law falls outside the scope of the reference to CFSP provisions in Articles 24, par. 1, TEU and 275 TFEU, provided that the claim, while arising in a CFSP context does not seek to annul or declare invalid the sovereign policy choice that gives rise to that context»; *Tomanović e a./The European Union e a.*, cit., punto 80.

risdizionale. Piuttosto, ciò che verrebbe interdetto alla Corte di giustizia sarebbe il sindacato sulle scelte sovrane di natura politica in base alle quali vengono adottate le misure contestate, secondo la c.d. “*political question doctrine*”<sup>153</sup>. Diversamente, essa potrebbe avere competenza ove si tratti di tutelare i diritti fondamentali, senza con ciò intaccare la discrezionalità politica dell’azione dell’Unione in ambito di PESC. Una lettura simile, che pare ispirata a quella suggerita dalla Commissione in occasione del parere 2/13, sembra affiorare anche nelle conclusioni degli Avv. gen. in *CSUE c. KF* ed in *Bank Refah Kargaran*<sup>154</sup>. Tuttavia, non ha mai trovato riscontro all’interno di quella giurisprudenza integrazionista della Corte sopra richiamata, almeno fino a questo momento.

Nelle sue recenti conclusioni nel caso *KS*, l’Avv. gen. Čapeta propone di estendere la giurisdizione della CGUE in modo tale da consentire il controllo di conformità con i diritti fondamentali di tutte le misure PESC<sup>155</sup>. In questo modo, spiega l’Avv. gen.<sup>156</sup>, sarebbe possibile l’adesione dell’Unione alla CEDU senza rischi per l’autonomia del suo ordinamento con riguardo alla PESC. Per giungere a questo risultato, il ragionamento dell’Avv. gen. riesce a divincolarsi dal dato testuale delle clausole di “*carve-out*” e di “*claw-back*”, grazie ad una duplice mossa. Innanzitutto, l’Avv. gen. interpreta restrittivamente la prima delle due clausole. Facendo propria la citata “*political question doctrine*”, infatti, l’Avv. gen. individua la *ratio* dell’esclusione della giurisdizione della CGUE in materia di PESC nella separazione dei poteri tra giudiziario e politico, in virtù dell’equilibrio istituzionale definito dai Trattati<sup>157</sup>. Tale *ratio*, però, – e qui sta il punto – non potrebbe comunque ritenersi idonea a giustificare l’assenza di scrutinio da parte della CGUE quanto al rispetto dei diritti fondamentali, poiché, in linea con il valore dello

<sup>153</sup> Sull’applicabilità (o auspicabile applicazione) di tale dottrina alla PESC, L. LONARDO, *The Political Question Doctrine as Applied to Common Foreign and Security Policy*, in *European Foreign Affairs Review*, vol. 22, n. 4, 2017, p. 571 ss.

<sup>154</sup> Conclusioni dell’Avv. gen. Bobek, *SATCEN/KF*, sopra citate, par. 78, e conclusioni dell’Avv. gen. Hogan, del 28 maggio 2020, C-134/19 P, *Bank Refah Kargaran/Consiglio*, parr. 47 e 48. A favore di questa lettura, si veda P. VAN ELSUWEGE, J. DE CONINCK, *Action for damages in relation to CFSP decisions pertaining to restrictive measures: A revolutionary move by the Court of Justice in Bank Refah Kargaran?*, in *EU Law Analysis*, 9 October 2020, disponibile su [www.eulawanalysis.blogspot.com](http://www.eulawanalysis.blogspot.com) (ultimo accesso 15/09/2023). *Contra*, si vedano le conclusioni dell’Avv. gen. Wahl, *H/Consiglio*, sopra citate, par. 49, e la presa di posizione dell’Avv. gen. Kokott, sopra citata, parr. 89-95.

<sup>155</sup> Conclusioni dell’Avv. gen. Čapeta, del 23 novembre 2023, C-29/22 P, *KS*, par. 116.

<sup>156</sup> *Ibidem*, parr. 148-150.

<sup>157</sup> *Ibidem*, parr. 113 e 114.



Stato di diritto, la violazione dei diritti fondamentali non può essere oggetto di una scelta politica legittima da parte delle Istituzioni competenti<sup>158</sup>. A supporto di questa tesi, l'Avv. gen. nota che una simile esclusione della giurisdizione della CGUE non può rinvenirsi in nessun'altra politica: la Corte è sempre competente a riguardo. Eppure, sostiene, tale potere della CGUE non inficia di certo il rispetto dell'equilibrio istituzionale e della separazione dei poteri esistente negli altri settori del diritto UE<sup>159</sup>. In secondo luogo, poi, l'Avv. gen. riesce ad eludere l'ostacolo rappresentato dai termini della clausola di "claw-back", escludendone la rilevanza nella fattispecie in esame. Questa clausola, a suo dire, troverebbe applicazione solo qualora si rientrasse anche nell'ambito di quella di "carve-out", *quod non*<sup>160</sup>. Così facendo, quindi, l'Avv. gen. può evitare di avventurarsi in un'ulteriore esegesi espansiva della portata di tale disposizione<sup>161</sup>.

Stando alle conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, quindi, la sentenza *KS* potrebbe sciogliere definitivamente il nodo PESC. Da un lato, la Corte potrebbe essere tentata di seguire le conclusioni. In effetti, ciò le permetterebbe di allargare considerevolmente la propria giurisdizione in materia di PESC, mentre consentirebbe all'Unione di aderire alla CEDU senza necessità di riformare i Trattati. La lettura presentata dall'Avv. gen. potrebbe anche trovare un fondamento giurisprudenziale, in particolare nella sentenza *Kadi I*, in cui la protezione dei diritti fondamentali (ed il controllo giurisdizionale della stessa) è annoverata tra i «fondamenti stessi dell'ordinamento»<sup>162</sup>. Inoltre, una più ampia estensione della giurisdizione della CGUE in materia, volta ad una maggior tutela dei diritti fondamentali, risulta essere maggiormente in linea con l'idea di un'Unione di diritto<sup>163</sup>.

<sup>158</sup> *Ibidem*, par. 115.

<sup>159</sup> *Ibidem*.

<sup>160</sup> *Ibidem*, par. 126.

<sup>161</sup> In effetti, questa operazione sarebbe risultata piuttosto ardua, visto che, *ratione materiae*, la clausola fa esplicito riferimento alle sole decisioni che prevedono misure restrittive.

<sup>162</sup> Corte giust. 3 settembre 2008, C-402/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, punto 304. Cfr. conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, *KS*, sopra citate, par. 85.

<sup>163</sup> Il ruolo svolto dallo Stato diritto nella giurisprudenza in cui la Corte di giustizia ha ampliato le proprie competenze nell'ambito della PESC è tanto centrale quanto complesso da definire. Ai fini del presente discorso, ci si limita ad osservare che, in *Bank Refah Kargaran*, il ragionamento che porta la Corte a concludere per l'allargamento della portata della propria giurisdizione fa leva soprattutto sull'argomento dello Stato di diritto. In quell'occasione, infatti, il valore in questione viene utilizzato dalla Corte per compiere un salto interpretativo di notevole portata (per una trattazione più approfondita in merito, si permetta di rimandare a

Dall'altro lato, però, per quanto gradita possa suonare la versione dell'Avv. gen. Čapeta, i limiti testuali posti dai Trattati non possono essere totalmente ignorati<sup>164</sup>. A riguardo, l'Avv. gen. sostiene che non si tratterebbe di modificare i Trattati per via pretoria, ma di interpretarli (nel senso sopra riassunto)<sup>165</sup>. Tuttavia, l'argomento su cui siffatta interpretazione si basa risulta piuttosto fragile. Infatti, anche supponendo che la Corte intenda accogliere la “*political question doctrine*”<sup>166</sup>, il punto cruciale delle conclusioni è quello secondo cui lo Stato di diritto e la tutela dei diritti fondamentali porrebbero un limite al margine di discrezionalità politica lasciato all'Unione nel settore della PESC, il rispetto del quale dovrebbe essere sottoposto ad accertamento da parte della CGUE, esattamente come accade in tutti gli altri settori in cui l'Unione ha competenza ad agire. A questo argomento, però, si può obiettare che l'analogia con i poteri attribuiti alla CGUE nelle altre politiche non regge fino in fondo. Infatti, l'esclusione della competenza della CGUE è proprio uno degli aspetti che contraddistingue la PESC dalle altre politiche dell'Unione dal punto di vista dell'assetto istituzionale. Si potrebbe dunque ritenere che l'equilibrio istituzionale nel settore della PESC, così come prefigurato a Lisbona, possa essere messo in discussione qualora si voglia riconoscere una implicita competenza della CGUE quanto al controllo del rispetto dei diritti fondamentali. Il riconoscimento di una simile competenza esporrebbe la Corte al rischio di forti critiche da parte delle cancellerie degli Stati membri (almeno di alcune) e potrebbe essere tacciata

N. BERGAMASCHI, *La sentenza Bank Refah Kargaran: l'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla PESC*, in *EP*, vol. 5, n. 3, 2020, p. 1371 ss.). È corretto chiedersi, quindi, se tale argomento non possa condurre la Corte ad estendere ulteriormente le proprie competenze in materia. Secondo Butler, anche laddove la Corte partisse dall'approccio sotteso a *Bank Refah Kargaran*, incentrato sul valore dello Stato di diritto, la sentenza *KS* non potrebbe comunque arrivare ad estendere la competenza della CGUE così tanto da permettere l'adesione alla CEDU senza modifica dei Trattati; si veda G. BUTLER, *Op-Ed: “Jurisdiction of the EU Courts in the Common Foreign and Security Policy: Reflections on the Opinions of AG Čapeta in KS and KD, and Neves 77 Solutions”*, in *EU Law Live*, 29 November 2023, disponibile su [www.eulawlive.com](http://www.eulawlive.com) (ultimo accesso 15/12/2023).

<sup>164</sup> In effetti, è la giurisprudenza stessa della Corte a stabilire che non è possibile rimuovere i vincoli espressamente previsti dai Trattati in materia di rimedi giurisdizionali, neppure alla luce del principio di una tutela giurisdizionale effettiva, in Corte giust. 25 luglio 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio*, punto 44; 1° aprile 2004, C-263/02 P, *Commissione/Jégo-Quéré*, punto 36.

<sup>165</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, *KS*, sopra citate, par. 100.

<sup>166</sup> In senso sfavorevole, si veda T. VERELLEN, *AG Čapeta's Opinion in Neves 77 Solutions: A Political Question Doctrine in EU Law?*, in *Thomas Verellen*, 30 November 2023, disponibile su [ww.thomasverellen.com](http://ww.thomasverellen.com) (ultimo accesso 10/01/2024).



di essere *ultra vires*<sup>167</sup>. In fin dei conti, quindi, i margini per l'accoglimento del ricorso in *KS* appaiono piuttosto risicati<sup>168</sup>.

6. Segue. *L'approccio assunto dagli attori coinvolti nel tentativo di sciogliere il nodo*

Nell'attesa di eventuali ulteriori evoluzioni giurisprudenziali, è bene guardare anche alle soluzioni ed approcci discussi dagli altri attori. Successivamente al parere 2/13 erano state prospettate varie possibili soluzioni. Tra queste, ve ne sono due che potrebbero considerarsi come le più radicali, di segno reciprocamente opposto tra loro. In particolare, da un lato, vi sarebbe la possibilità di riformare i Trattati ed eliminare la clausola di "carve-out"<sup>169</sup>, almeno per quanto riguarda il controllo sul rispetto dei diritti fondamentali<sup>170</sup>. Ai fini dell'adesione, questa opzione sarebbe la più diretta, nonché la più efficace<sup>171</sup>. Come si può immaginare, però, essa è particolarmente complessa da realizzare, vista la necessità di una volontà unanime degli Stati membri, i quali dovrebbero acconsentire alla riduzione di quel grado di "otherness" che ancora contraddistingue la PESC dalle altre poli-

<sup>167</sup> Il rischio di eccedere nell'esercizio delle proprie competenze è paventato dalla Corte stessa, in *Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio*, sopra citata, punto 44; *Commissione/Jégo-Quéré*, sopra citata, punto 36. Cfr. T. VERELLEN, *AG Čapeta's Opinion in KS and KD: Reading Away the Treaty Text?*, in *Thomas Verellen*, 30 November 2023, disponibile su [www.thomasverellen.com](http://www.thomasverellen.com) (ultimo accesso 15/12/2023).

<sup>168</sup> Cfr. G. BUTLER, *Op-Ed*, cit.

<sup>169</sup> Si veda, ad esempio, C. KRENN, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession after Opinion 2/13*, in *GLJ*, vol. 16, n. 1, 2015, p. 147 ss., spec. p. 166. Di recente, il Parlamento europeo ha adottato una proposta di emendamento dei Trattati ex art. 48 TUE; si veda risoluzione del Parlamento europeo, del 22 novembre 2023, sui progetti del Parlamento europeo intesi a modificare i trattati, P9\_TA(2023)0427. In particolare, l'emendamento 45 all'art. 24, par. 1, comma 2, prevede di attribuire alla CGUE piena competenza in materia di PESC, eliminando del tutto la clausola di "carve-out". Come da procedura, la prossima mossa spetta ora al Consiglio europeo ed agli Stati membri. Come si dirà di seguito, al momento non sembrerebbe esserci unanimità in seno agli Stati membri sul punto (*infra*, nota 185).

<sup>170</sup> *Inter alia*, J. P. JACQUÉ, *What next after Opinion 2/13*, cit., p. 37; D. HALBERSTAM, *op. cit.*, p. 144.

<sup>171</sup> Cfr. P. VAN ESLUWEGE, *Judicial review*, cit., pp. 1757 e 1758; M. SMOLEK, *op. cit.*, p. 375; C. TIMMERMANS, *EU Common Foreign and Security Policy and Protection of Fundamental Rights*, cit., p. 305.

tiche dell'Unione<sup>172</sup>, ridimensionando almeno parzialmente (ma comunque considerevolmente) la natura intergovernativa che da sempre caratterizza tale politica. Inoltre, così facendo, gli Stati membri accetterebbero il rischio di un possibile attivismo giudiziario da parte della CGUE, che potrebbe in futuro intervenire a normalizzare ulteriormente la materia. Non sorprende, quindi, che al momento non risultino iniziative in tal senso da parte di Unione e Stati membri. All'estremo opposto, invece, ci sarebbe l'idea di "forzare" l'adesione *nonostante* il parere 2/13. Questa soluzione, immaginata da alcuni commentatori<sup>173</sup>, comporterebbe, però, la seria possibilità di uno scontro tra i Signori dei Trattati e la Corte di giustizia, su di un tema così sensibile quale è quello dell'autonomia del diritto UE<sup>174</sup>. Anche questa opzione, per ora, pare scartata. D'altronde, gli Stati membri intervenuti in *KS* sembrerebbero concordare con la Corte di giustizia che «qualsiasi treno che possa arrivare a Strasburgo deve prima fermarsi a Lussemburgo»<sup>175</sup>.

Una terza via, meno radicale rispetto alle precedenti, potrebbe essere quella di apporre una riserva che escluda il settore della PESC dall'adesione. Tuttavia, non è certo se il divieto di riserve generali *ex art.* 57, par. 2, CEDU permetta una riserva del genere<sup>176</sup>. Di sicuro, questa sarebbe stata piuttosto

<sup>172</sup> P. J. CARDWELL, *op. cit.*, p. 445.

<sup>173</sup> Qualcuno ha proposto di modificare il Protocollo (8), come A. LAZOWSKI, R. A. WESSEL, *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR*, in *GLJ*, vol. 16, n. 1, 2015, p. 179 ss., spec. p. 206. Altri hanno ipotizzato di aggiungere un protocollo *ad hoc* (c.d. "*notwithstanding protocol*"), come L. BESSELINK, M. CLAES, J. REESTMAN, *op. cit.*, pp. 7-11.

<sup>174</sup> Nel parere 1/91, la Corte sembra intendere che non sarebbe possibile una modifica del diritto primario che sia volta a permettere all'Unione di aderire ad un accordo internazionale che minaccia il monopolio della CGUE nel garantire l'uniformità di interpretazione ed applicazione dell'UE; in parere 1/91, cit., punti 71 e 72. Cfr. J. L. DA CRUZ VILAÇA, *De l'interprétation uniforme du droit de l'Union à la «sanctuarisation» du renvoi préjudiciel Étude d'une limite matérielle à la révision des Traités*, in AA. VV., *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano*, cit., p. 247 ss. In argomento, più in generale, si veda anche F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione Europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020, pp. 184-185. In ogni caso, come evidenzia anche Butler, una simile forzatura da parte degli Stati membri risulterebbe quantomeno inopportuna; in G. BUTLER, *The Ultimate Stumbling Block: The Common Foreign and Security Policy, and Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, in *Dublin University Law Journal*, vol. 39, n. 1, 2016, p. 229 ss., p. 239.

<sup>175</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, *KS*, sopra citate, par. 150.

<sup>176</sup> In senso affermativo, M. J. RANGEL DE MESQUITA, *Judicial review of Common Foreign and Security Policy by the ECtHR and the (re)negotiation on the accession of the EU to the ECHR*, in *MJECL*, 2021, p. 1 ss., spec. pp. 12-14; G. BUTLER, *The Ultimate Stumbling Block*, cit., p. 239. In senso negativo, si veda presa di posizione dell'Avv. gen. Kokott, sopra citata,

difficile da negoziare con gli altri Paesi<sup>177</sup>. In ogni caso, nel testo del progetto di accordo non ve ne è traccia (e neppure nei negoziati).

Prima di rinunciare e lasciare la ricerca di una soluzione all'Unione stessa, il gruppo "46+1" ha tentato un'altra pista, differente da quelle sopra menzionate. La versione del progetto di accordo emersa dal penultimo incontro del gruppo<sup>178</sup>, infatti, conteneva un meccanismo di riattribuzione della responsabilità dall'UE agli Stati membri<sup>179</sup>. In sostanza, si prevedeva di attribuire ad uno o più Stati membri la paternità di atti, misure od omissioni in ambito PESC originariamente attribuibili all'Unione stessa, nel caso in cui queste formassero oggetto di ricorso davanti alla Corte EDU e, contestualmente, la Corte di giustizia valutasse di non avere giurisdizione in merito. In questo modo, secondo gli ideatori del meccanismo, si sarebbe ottenuto un duplice obiettivo: consentire un controllo giurisdizionale completo da parte della Corte EDU in ambito PESC, ed evitare pronunce della Corte EDU vincolanti per l'UE in quei casi non coperti dalla giurisdizione della CGUE<sup>180</sup>. Che un simile meccanismo fosse idoneo a superare il vaglio di compatibilità con i Trattati non è scontato, visto che il parere 2/13 non aveva definito del tutto quali fossero i contorni e la portata della questione. Di sicuro, però, esso avrebbe avuto il pregio di semplificare l'attribuzione di atti, azioni od omissioni in un ambito, quello della PESC, in cui l'allocazione delle competenze tra UE e Stati membri rappresenta un tema tanto complesso quanto delicato. Sia come sia, i negoziatori hanno infine scartato questa opzione, espungendo il meccanismo di riattribuzione dalla versione finale del progetto di accordo. In effetti, si sarebbe trattato di uno strumento piuttosto farraginoso, non del tutto immune dal rischio di compromettere l'efficacia della tutela del ricorrente. Inoltre, il gruppo di lavoro "Diritti fondamentali, diritti dei cittadini e libera circolazione delle persone" (FREMP) del Consiglio, che segue il dossier dell'adesione, ha convenuto che un simile meccanismo avrebbe comportato «legal difficulties of principle in terms of the judicial architecture of the Union»<sup>181</sup>.

par. 83; M. SMOLEK, *op. cit.*, p. 375; B. DE WITTE, S. IMAMOVIĆ, *op. cit.*, p. 704; S. PEERS, *op. cit.*, p. 218.

<sup>177</sup> Cfr. G. BUTLER, *The Ultimate Stumbling Block*, cit., p. 239.

<sup>178</sup> Gruppo "46+1", *Consolidated version of the draft Accession Instruments (as of 2 February 2023)*, Strasbourg, 16 February 2023, 46+1(2023)31.

<sup>179</sup> *Ibidem*, art. 1, par. 4, lett. a), a cui si aggiungevano i parr. 26c-26e del relativo rapporto esplicativo.

<sup>180</sup> In argomento P. VAN ELSUWEGE, *Judicial review and the Common Foreign and Security Policy*, cit., pp. 1756 e 1757.

<sup>181</sup> Consiglio dell'Unione europea, parere del servizio giuridico sul tema: *Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and*

Allo stato attuale, dunque, spetta all'Unione ed agli Stati membri trovare il modo di risolvere la questione. Sulle possibili alternative prese in considerazione, al momento, non si sa granché. Ad un certo punto, il gruppo FREMP ha vagliato la possibilità di una dichiarazione intergovernativa volta a «reconcile the tension between, on the one hand, the obligation to accede to the ECHR set out in Article 6, par. 2, TEU, and, on the other hand, the specific rules and procedures of the CFSP»<sup>182</sup>. Attualmente non si conoscono ulteriori dettagli al riguardo. Tuttavia, questa strada sembrerebbe essere stata anch'essa abbandonata, visto che in seno al CDDH è stata fatta menzione di un'ulteriore opzione (oltre al meccanismo di riattribuzione ed alla dichiarazione) proposta in un non-paper della Commissione<sup>183</sup>. Il contenuto non è stato diffuso, ma sarebbe oggetto di valutazione in seno al FREMP.

La sensazione è che vi sia ora attesa per la pronuncia della Corte di giustizia in *KS*<sup>184</sup>. L'aspettativa, forse, è che tale pronuncia possa irrompere sulla scena come una sorta di *deus ex machina*, modificando in via pretoria lo *status quo* in tema di competenze della CGUE rispetto alla protezione dei diritti fondamentali in ambito di PESC ed aprendo una nuova breccia nelle mura del “*carve-out*”<sup>185</sup>. Senza dubbio, ai fini dell'adesione, una soluzione di diritto pretorio sarebbe la più semplice ed immediata in termini di praticabilità. Resta, come si è detto, che essa non rappresenterebbe certo l'opzione migliore dal punto di vista della fedeltà alla lettera dei Trattati.

## 7. Conclusioni: quale sarà l'atteggiamento della CGUE?

Il nuovo progetto di accordo sembra riflettere la serietà dell'intenzione di portare a termine l'adesione dell'Unione alla CEDU da parte dell'Unio-

*Fundamental Freedoms (ECHR) – Interpretative declaration concerning the last sentence of the second subparagraph of Article 24(1) TEU and the first paragraph of Article 275 TFEU (competence of the Court of Justice in CFSP matters) – Compatibility with the Treaties*, Brussels, 16 June 2022, 10360/22, par. 11.

<sup>182</sup> *Ibidem*, par. 12.

<sup>183</sup> CDDH, *Report 98th meeting*, Strasbourg, 20 July 2023, CDDH(2023)R98, par. 10.

<sup>184</sup> *Ibidem*.

<sup>185</sup> È interessante notare a questo proposito come alcuni (sette) Stati membri siano intervenuti in *KS* per sostenere la posizione della Commissione, nel senso della presenza di giurisdizione in capo alla Corte; cfr. conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, *KS*, sopra citate, par. 48. Tuttavia, altri Stati membri (Francia e Repubblica Ceca) sono intervenuti nel senso opposto, a sostegno del Consiglio. Al momento, quindi, ancora non vi sarebbe l'unanimità necessaria alla modifica dei Trattati.

ne, dei suoi Stati membri ed anche degli altri Paesi parti della Convenzione. Riavviando i negoziati, gli attori coinvolti hanno mostrato di saper tornare in sella dopo la battuta d'arresto rappresentata dal parere 2/13.

In effetti, il testo negoziato affronta efficacemente molti dei problemi che impedirono l'adesione nel 2014. Rimangono, tuttavia, alcuni elementi di perplessità. Tra questi, il più problematico è sicuramente quello inerente alla salvaguardia della reciproca fiducia tra gli Stati membri. Come visto, la clausola inserita nel progetto di accordo potrebbe non essere sufficiente. Certo, la situazione si è evoluta positivamente rispetto al 2014. Il dialogo (seppur indiretto) tra Lussemburgo e Strasburgo ed il progressivo avvicinamento tra le rispettive giurisprudenze in materia fanno, da questo punto di vista, ben sperare. Tuttavia, per superare definitivamente questo scoglio, la Corte di giustizia sarà tenuta ad adottare un atteggiamento di maggior fiducia nei confronti della Corte EDU, nel momento in cui le verrà chiesto di esprimersi sul nuovo progetto di accordo.

Prima ancora di arrivare ad un nuovo parere sulla compatibilità del progetto con il diritto UE, occorrerà comunque attendere che si scioglia (definitivamente!) il nodo PESC. In attesa che la Corte si pronunci sul caso *KS*, ciò che può dirsi con certezza è che la conclusione dei negoziati del progetto di accordo mette l'Unione e – soprattutto – gli Stati membri davanti all'esigenza di affrontare la questione della giurisdizione della CGUE in materia di PESC. In questo senso, il nuovo tentativo di adesione si candida ad essere un possibile catalizzatore ai fini di un ripensamento della materia, magari di portata sistemica<sup>186</sup>. Ove la Corte ritenesse di non estendere ulteriormente la propria competenza in materia e gli Stati non decidessero di assumere le proprie responsabilità a riguardo<sup>187</sup>, magari lavorando sulla proposta di modifica dei Trattati del Parlamento<sup>188</sup>, si determinerebbe un ulteriore stallo, in grado di posticipare (ancora una volta) l'adesione a data da destinarsi.

Se, invece, si riuscisse effettivamente a risolvere una volta per tutte il nodo PESC, il coinvolgimento della Corte di giustizia ai fini dell'emissione

<sup>186</sup> Se si arrivasse a normalizzare la giurisdizione della CGUE in ambito di PESC, estendendone al massimo la portata, si potrebbe superare quella che è stata definita come una situazione “*catch-22*”, posta tra l'integrazione di tale politica nell'ordinamento UE ed il particolarismo della stessa mantenuto *post-Lisbona* (P. VAN ES LUWEGE, *Judicial review*, cit., p. 1758). A tal proposito, vari autori hanno parlato del paradosso rappresentato dalla PESC; *inter alia*, P. J. CARDWELL, *op. cit.*, p. 445.

<sup>187</sup> Si tratta di un banco di prova della serietà delle intenzioni degli Stati membri di arrivare al perfezionamento dell'adesione dell'Unione alla CEDU.

<sup>188</sup> *Supra*, nota 169.

di un parere *ex art.* 218, par. 11, TFUE potrebbe divenire una prospettiva concreta. Decisivo risulterà, a quel punto, l'atteggiamento che la Corte vorrà assumere dinanzi al nuovo tentativo di adesione. Si è ricordato come alcuni commentatori abbiano rimproverato all'istituzione di aver voluto dare un segnale di chiusura e di eccessivo formalismo in occasione del parere 2/13. Non vi è dubbio che, qualora la Corte volesse riproporre criteri di valutazione particolarmente stringenti, come quelli individuati nel 2014, la possibilità di una valutazione pienamente positiva rimarrebbe un'evenienza remota. È vero che nel parere 1/17<sup>189</sup> la Corte ha mostrato un atteggiamento più morbido nel valutare la compatibilità con l'autonomia del diritto UE di un organo giurisdizionale di diritto internazionale<sup>190</sup>. Questo precedente potrebbe considerarsi come espressione di un cambio di rotta della giurisprudenza sovranazionale. Tuttavia, le circostanze all'origine del parere 1/17 non sono del tutto paragonabili con quelle di cui si è sino ad ora discusso. Come noto, il parere 1/17 riguardava un meccanismo arbitrale (l'Investment Court System) da istituirsi nell'ambito di un accordo commerciale (il CETA) con un Paese terzo (il Canada). Dunque, il parere 1/17 aveva ad oggetto un caso attinente alla dimensione prettamente esterna dell'autonomia. Ciò significa che, in quell'occasione, non era in gioco il rapporto tra UE e Stati membri, né quello tra Stati membri, aspetti entrambi attinenti alla dimensione interna dell'autonomia. Non è un caso, del resto, che nel parere non fosse in discussione il principio della reciproca fiducia. Al contrario, tali profili rivestirebbero un ruolo centrale in un nuovo parere sull'adesione alla CEDU, così come fu già nel parere 2/13<sup>191</sup>. Da questo punto di vista, lo scenario di fronte alla Corte sarebbe semmai paragonabile a quello rilevante in *Achmea*<sup>192</sup>. Te-

<sup>189</sup> Corte giust. parere 30 aprile 2019, 1/17. Per un commento, si veda C. RAPOPORT, *Balancing on a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS)*, in *CMLR*, vol. 57, n. 6, 2020, p. 1725 ss.; E. GAILLARD, *CJUE. Règlement des différends relatifs aux investissements*, in *Journal du Droit International*, n. 3, 2019, p. 833 ss.; C. CELLERINO, *Il Parere della Corte di giustizia sull'accordo commerciale con il Canada*, in *QC*, n. 3, 2019, p. 702 ss.; P. KOUTRAKOS, *More on autonomy – Opinion 1/17 (CETA)*, in *ELR*, vol. 44, n. 3, 2019, p. 293 ss.; L. PANTALEO, *The Autonomy of the EU Legal Order and International Dispute Settlement in the Wake of Opinion 1/17*, in *SIE*, n. 3, 2019, p. 775 ss.

<sup>190</sup> Cfr. C. RAPOPORT, *op. cit.*, pp. 1744 e 1755; P. KOUTRAKOS, *More on autonomy*, cit., p. 294.

<sup>191</sup> Sull'impatto che l'adesione avrebbe potuto avere, all'epoca del parere 2/13, proprio sul versante dei rapporti tra ordinamento sovranazionale e ordinamenti degli Stati membri, si veda C. ECKES, *International Rulings and the EU Legal Order*, cit., p. 20.

<sup>192</sup> In *Achmea*, la Corte ha stabilito l'incompatibilità dell'arbitrato previsto da un ac-



nuto conto degli esiti di quest'ultimo procedimento, si tratta di un paragone assai poco promettente...

Ciò detto, resta il fatto che l'adesione dell'Unione alla Convenzione continua ad essere richiesta dall'art. 6, par. 2, TUE. Inoltre, nel parere 2/13, la Corte stessa ha riconosciuto che l'adesione non è di per sé incompatibile con il diritto dell'Unione e con la sua autonomia, almeno in linea di principio<sup>193</sup>. Prima o poi, quindi, si dovrà arrivare ad un punto di caduta tra le varie istanze<sup>194</sup>. Allora, la Corte di giustizia dovrà verosimilmente cedere su qualcosa. Magari, in occasione di questo terzo tentativo, essa potrebbe essere disposta ad assumere una postura meno intransigente rispetto a quella del 2014<sup>195</sup>, soprattutto nel caso in cui la soluzione che verrà (auspicabilmente) trovata quanto al nodo PESC risultasse particolarmente soddisfacente<sup>196</sup>.

cordo bilaterale di investimento concluso tra Stati membri (quindi un accordo *intra*-UE), nella misura in cui questo affidi ad un tribunale arbitrale internazionale la soluzione delle controversie tra investitore e Stato sorte nell'ambito di tale accordo. In particolare, l'arbitrato è stato ritenuto essere in contrasto con il principio di autonomia (sostanziato negli artt. 344 e 267 TFUE), con il principio di leale cooperazione e con il principio di reciproca fiducia (cfr. *supra*, nota 62). Successivamente al parere 1/17, l'applicazione della giurisprudenza *Achmea* ai casi di arbitrato investitore-Stato *intra*-UE è stata ribadita anche in Corte giust. 2 settembre 2021, C-741/19, *République de Moldavie*, e nel parere 1/20, sopra citato. Per un commento, si veda A. DASHWOOD, *Komstroy and Opinion 1/20 – curious and curiouser*, in CMLR, vol. 59, 2022, p. 51 ss.

<sup>193</sup> Parere 2/13, sopra citato, punti 181 e 182.

<sup>194</sup> Cfr. T. LOCK, *Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order*, in CMLR, vol. 48, n. 4, 2011, p. 1015 ss., spec. p. 1033.

<sup>195</sup> Pirker e Reitemeyer hanno parlato, a riguardo, dell'opportunità di passare da una concezione di "*exclusive autonomy*", ad una di "*discursive autonomy*", in B. H. PIRKER, S. REITEMEYER, *Between Discursive and Exclusive Autonomy – Opinion 2/13, the Protection of Fundamental*, in CYELS, vol. 17, 2015, p. 168 ss.

<sup>196</sup> Provocatoriamente, qualcuno aveva prospettato l'idea secondo cui: «[o]pinion 2/13 could be seen as a strategic move of the ECJ to provoke such a modification of those unloved provisions of the Treaties that limit its judicial powers», in *Editorial Comments: The EU's Accession to the ECHR*, cit., p. 14.



**Abstract (ita)**

Il presente contributo intende fornire un apprezzamento circa lo stato attuale del processo di adesione dell'Unione alla CEDU, riavviato nel 2019 dopo la fase di stallo susseguitasi al parere 2/13 della CGUE. A tal fine, lo studio si concentra sulla versione definitiva del progetto di accordo di adesione recentemente negoziato in seno al Consiglio d'Europa. In particolare, ne valuta le innovazioni rispetto al progetto precedentemente cassato dalla CGUE e si sofferma sui principali ostacoli che potrebbero impedire il buon esito del tentativo corrente di adesione dell'Unione.

**Abstract (eng)**

The present contribution gives an account of the current stage of the accession process of the EU to the ECHR, which resumed in 2019 after the deadlock following the ECJ's opinion 2/13. In this sense, the study focuses on the final draft of the accession agreement recently negotiated within the context of the Council of Europe. Specifically, it assesses the innovative aspects of the new text in comparison with the previous version, quashed by the ECJ, and it dwells on the main obstacles that could jeopardise the Union's current attempt to accede.



## AUTONOMIA STRATEGICA VERDE: DIADI INELUTTABILI E CAPACITÀ ORDINAMENTALI INCERTE

**Antonio Di Marco\***

SOMMARIO: 1. Introduzione: esigenze di sintesi e azione. – 2. Approccio olistico: poteri di coordinamento e pianificazione strategica. – 3. La dimensione esterna dell'azione ambientale: estensione del campo di applicazione. – 4. Ruolo dirigitista delle autorità europee: i regimi di *governance* ambientali. – 5. Osservazioni (non) conclusive: diade ineluttabile e capacità ordinamentali incerte.

### 1. *Introduzione: esigenze di sintesi e di azione*

L'idea di una “autonomia strategica verde” è stata introdotta nel dibattito istituzionale come un tentativo di conciliazione sinergica di due distinti obiettivi dell'Unione europea (UE), quello maturato nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune (PESC) della c.d. “autonomia strategica”, intesa come la capacità dell'Unione di agire in modo autonomo in aree politiche strategicamente importanti<sup>1</sup>, e quello del *Green Deal* europeo di rendere l'economia e le società europee neutrali dal punto di vista climatico<sup>2</sup>.

L'esigenza di conciliare e coniugare in modo coerente tali obiettivi è emersa alla luce delle loro numerose potenziali e latenti contraddizioni. Il processo di acquisizione di autonomia strategica e quello della transizione verde presentano, infatti, alcune tensioni concettuali e pratiche che l'attuale quadro economico e politico rendono evidenti: in tempi di crisi, quando la disponibilità e l'accessibilità economica di beni e bisogni di base sono minacciate, le esigenze socio-economiche tendono a prevalere su quelle ambientali, definendo scenari di c.d. *polluting autonomy*; a sua volta, la necessità di approvvigionamento esterno per sostenere la transizione verde può determinare una condizione di *green dependence*<sup>3</sup>.

\* *Enseignant-chercheur* in diritto dell'Unione europea presso l'Università di Strasburgo.

<sup>1</sup> European Parliament Research Service (EPRS), *EU Strategic Autonomy 2013-2023: From Concept to Capacity*, 8 July 2022, [europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_BRI\(2022\)733589](https://europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2022)733589).

<sup>2</sup> EPRS, *EU green strategic autonomy: The challenge of combining two objectives*, 21 September 2023, [europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_BRI\(2023\)747465](https://europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2023)747465).

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 7.

Il tragico deterioramento dello scenario europeo e internazionale, con le tensioni sociali e politiche che ne sono derivate, sta ponendo chiaramente in discussione il processo di transizione verde<sup>4</sup>. L'UE è stata costretta a ridisegnare il suo approccio alla geopolitica della sicurezza energetica, diversificando i suoi partner esterni e rafforzando i suoi impegni per la transizione energetica<sup>5</sup>.

Al fine di garantire gli impegni assunti in tema di neutralità climatica, le istituzioni europee hanno fornito risposte di sintesi sul “dilemma” *autonomy/greening* che insistono sull'economia circolare, le c.d. *nature-based solutions*, e il superamento dell'utilizzo della crescita economica come unico indicatore di successo<sup>6</sup>. Riprendendo le parole del commissario europeo per l'ambiente, «the green transition will free us from our dependence on energy and other resource imports. The circular economy more specifically will allow us to reduce our demand for primary resources, and use a lot less energy for our production and consumption»<sup>7</sup>.

L'acquisizione di autonomia strategica attraverso una transizione basata sull'economia circolare, tuttavia, sembra scontrarsi con le difficoltà a implementare un tale modello economico<sup>8</sup>. Inoltre, alla luce delle misure già adottate e pianificate<sup>9</sup>, la Corte dei conti europea ha evidenziato come

<sup>4</sup> Oltre alla recente decisione della Commissione di ritirare la proposta di regolamento sull'uso dei pesticidi in agricoltura (il c.d. regolamento Sur) in seguito alla protesta degli agricoltori, è possibile citare, a titolo di esempio, la posizione espressa nel maggio 2023 dal presidente francese Macron che, di fronte alle crescenti sfide per raggiungere entrambi gli obiettivi di *greening* e autonomia strategica, ha chiesto una pausa nella legislazione ambientale europea al fine di aumentare la competitività industriale. Posizioni simili sono prepotentemente emerse nel corso degli ultimi anni in altri Paesi, come la Germania e i Paesi Bassi (v. EPRS, *EU green strategic autonomy: The challenge of combining two objectives*, cit., p. 8).

<sup>5</sup> A. C. GOLDTHAU, R. YOUNGS, *The EU Energy Crisis and a New Geopolitics of Climate Transition*, in *JCMS*, vol. 61, 2023, pp. 115-124.

<sup>6</sup> Per una visione d'insieme delle posizioni delle istituzioni europee sul tema si veda, *ex multis*, Commissione europea, Centro Comune di Ricerca (JRC), *Towards a fair and sustainable Europe 2050: Social and economic choices in sustainability transitions*, Luxembourg, 2023.

<sup>7</sup> Virginijus Sinkevicius, European Commissioner for the Environment, *Circular economy – the high road to strategic autonomy*, 21 November 2022, [europeanfiles.eu/environment/circular-economy-the-high-road-to-strategic-autonomy](https://europeanfiles.eu/environment/circular-economy-the-high-road-to-strategic-autonomy).

<sup>8</sup> H. LEHMANN, C. HINSKE, *Impossibilities of the Circular Economy*, New York, 2022; R. STRAND, Z. KOVACIC, T. VÖLKER, *The Circular Economy in Europe: Critical Perspectives on Policies and Imaginaries*, New York, 2020.

<sup>9</sup> Per una panoramica introduttiva sulle misure adottate e pianificate per supportare la transizione verso un'economia circolare si veda: [consilium.europa.eu/it/policies/circular-economy/](https://consilium.europa.eu/it/policies/circular-economy/).

vi siano seri indizi che le ipotesi contenute nei rapporti di previsione della Commissione e del suo Centro Comune di Ricerca (JRC) non si concretizzeranno, e che misure aggiuntive debbano essere necessariamente adottate al fine di soddisfare gli obiettivi ambientali<sup>10</sup>.

All'esigenza di "sintesi" se ne aggiungerebbe una di "azione", che sarebbe suggerita dalla necessità di garantire l'autonomia strategica dell'Unione conformemente alla portata obbligatoria della normativa europea sul clima. L'applicazione della nozione di autonomia strategica in materia ambientale riveste, dunque, un chiaro interesse economico e politico, alla luce dei suoi potenziali effetti sulle sorti dell'ambiziosa transizione economica concordata da Stati membri e istituzioni europee nel corso degli ultimi anni. Allo stesso tempo, pone interessanti quesiti giuridici: in che misura l'irruzione della nozione di autonomia strategica in ambito ambientale può incidere sulle capacità di "sintesi" e di "azione" delle istituzioni europee? Il processo di acquisizione di autonomia strategica può conciliare coerentemente obiettivi tra loro potenzialmente contrastanti, contribuendo allo stesso tempo a ricomporre una frammentarietà di competenze "orizzontale", tra le varie politiche dell'Unione, e "verticale", nei rapporti tra autorità europee e nazionali?

Tali quesiti, sui quali questa riflessione intende soffermarsi, sono in parte suggeriti dalla crescente attenzione di cui l'autonomia strategica è stata oggetto in seguito all'aggressione della Russia all'Ucraina. Con riferimento alle relazioni esterne, si è sostenuto che tale nozione possa produrre effetti sul libero esercizio della sovranità e sulla complessa articolazione di competenze stabilita dai Trattati<sup>11</sup>; oltre a contribuire al consolidamento dell'Unione come attore globale autonomo<sup>12</sup>, la c.d. *strategic autonomy doctrine* (SAD) starebbe inducendo un processo in cui le prerogative dell'UE e degli Stati membri per la protezione della sicurezza (sovra)nazionale e della sovranità tendono a intrecciarsi in modo strutturale, dando luogo a una «hybridization of both the supranational competences and legal instruments

<sup>10</sup> Corte dei conti europea, 26 giugno 2023, *Rapporto speciale 18/23, Obiettivi dell'UE in materia di energia e di clima*, eca.europa.eu/en/publications?ref=SR-2023-18.

<sup>11</sup> Sul punto si vedano, *ex multis*, i contributi contenuti nel numero speciale della *European Foreign Affairs Review* (vol. 28, n. 4, 2023), dedicato all'analisi della nozione di autonomia strategica dal punto di vista giuridico.

<sup>12</sup> E. RYON, *European Strategic Autonomy: Energy at the Heart of European Security?*, in *European View*, n. 2, 2020, p. 238; C. BEAUCILLON, *Strategic Autonomy: A New Identity for the EU as a Global Actor*, in *EP*, n. 2, 2023, pp. 417-428.

concerned»<sup>13</sup>. In un sistema caratterizzato da una spiccata frammentarietà delle competenze, anche sotto il profilo istituzionale e decisionale, il processo di acquisizione di autonomia strategica richiederebbe, in prima analisi, l'adozione di un approccio olistico (par. 2), il cui impatto in materia ambientale andrebbe verificato in funzione del conseguimento degli obiettivi esterni (par. 3) e dell'implementazione dei c.d. regimi di *governance* ambientali (par. 4).

Una tale operazione interpretativa dovrebbe consentire di verificare, *prima facie*, se la coniugazione degli obiettivi ambientali attraverso il prisma dell'autonomia strategica, che ha dato luogo alla diade "autonomia strategica verde", sia una mera formula di sintesi politica, che non introduce significativi sviluppi ordinamentali, o viceversa rappresenti l'evoluzione di un obiettivo comune che rinforza la capacità d'azione dell'Unione (par. 5).

## 2. *Approccio olistico: poteri di coordinamento e pianificazione strategica*

L'adozione di un approccio olistico alle strategie di sviluppo, capace di ricomporre la frammentarietà del quadro istituzionale nella prospettiva di garantire la capacità di azione delle istituzioni europee, appare come la principale (quanto generica) conseguenza dell'irruzione della nozione di autonomia strategica. La promozione di una tale nozione sarebbe motivata dalle divergenze degli obiettivi perseguiti dalle diverse politiche dell'Unione, che spesso s'incrociano e impongono la necessità di un'integrazione tra le diverse azioni intraprese nei settori dell'economia, della tecnologia, dell'ambiente e della sicurezza<sup>14</sup>.

Si potrebbe sostenere che l'adozione di un tale approccio olistico, volto a ricomporre la frammentarietà del quadro istituzionale nella prospettiva di garantire la capacità di azione delle istituzioni europee, implichi un potere di coordinamento e di pianificazione strategica.

Una tal idea è suggerita dalla Bussola strategica<sup>15</sup>, che rappresenta uno

<sup>13</sup> F. CASOLARI, *Supranational Security and National Security in Light of the EU Strategic Autonomy Doctrine: The EU-Member States Security Nexus Revisited*, in *European Foreign Affairs Review*, vol. 28, n. 4, 2023, pp. 323-340.

<sup>14</sup> In tal senso si veda, ad esempio: A. STEINBACH, *The EU's Turn to 'Strategic Autonomy': Lee-way for Policy Action and Points of Conflict*, in *EJIL*, n. 4, 2023, pp. 973-1006, in particolare p. 1000.

<sup>15</sup> Consiglio dell'Unione europea, 21 marzo 2022, Una bussola strategica per la sicurezza e la difesa – Per un'Unione europea che protegge i suoi cittadini, i suoi valori e i suoi interessi e contribuisce alla pace e alla sicurezza internazionali, Bruxelles, [data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7371-2022-INIT/it/pdf](https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7371-2022-INIT/it/pdf).

dei documenti più recenti sul perseguimento dell'obiettivo dell'autonomia strategica nel quadro delle politiche dell'Unione. Tale documento, oltre a tratteggiare analiticamente il contesto strategico in materia di sicurezza e difesa, individuando minacce e sfide comuni, definisce dettagliatamente priorità, obiettivi e azioni che devono essere intraprese al fine di rafforzare nel suo complesso il pilastro della sicurezza e difesa.

Le azioni previste non si limitano agli strumenti tipici della politica di sicurezza e difesa comune (PSDC), quali i meccanismi di reazione rapida in presenza di una crisi, ma comprendono iniziative e azioni del tutto nuove che ricadono nell'ambito di altre politiche, come ad esempio gli investimenti nelle capacità tecnologiche e industriali. Di conseguenza, come opportunamente sostenuto, la Bussola strategica rappresenterebbe «uno strumento volto a coordinare azioni e iniziative settoriali che necessitano di essere orientate verso un obiettivo comune»<sup>16</sup>.

L'esercizio di un tale potere di coordinamento strategico, tuttavia, in materia ambientale è una pratica ben consolidata. I programmi generali di azione per l'ambiente (PAA), susseguitisi dal 1973 e adottati sulla base dell'art. 192 (3) del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE), rappresentano chiaramente strumenti di coordinazione strategica di azioni e iniziative settoriali che vengono orientate verso obiettivi comuni. L'approccio olistico dei PAA è imposto dalla natura "globale" e intersettoriale delle questioni ambientali, che è sintetizzata dal c.d. principio dell'interconnessione dei diversi aspetti ambientali derivanti dall'attività umana, in termini generali, e da quella produttiva, in modo particolare. Le attività umane producono un impatto ambientale che tende ad assumere una portata trasversale e generalizzata alla luce delle relazioni complesse e interdipendenti tra i diversi aspetti dell'ambiente (acqua, suolo, aria, *etc.*); di conseguenza, una politica efficiente ed efficace nella lotta al degrado delle risorse naturali può essere perseguita soltanto attraverso un costante coordinamento degli interventi<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> M. E. BARTOLONI, *La politica di sicurezza e di difesa comune dell'UE: verso un'"autonomia strategica" o "strategie in autonomia"?*, in *Le istituzioni del federalismo*, nn. 1-2, 2022, pp. 45-64, in particolare p. 63.

<sup>17</sup> Sul principio dell'interconnessione dei diversi aspetti ambientali, e sull'impatto che tale principio ha avuto sull'adozione di un approccio olistico nella formulazione dei PPA, si vedano, oltre ai principali manuali di diritto dell'ambiente dell'UE: P. DAUVERGNE, *Environmental Politics*, Cheltenham, 2013; S. BAZIADOLY, S. ROLAND, A. MONOD, *La politique européenne de l'environnement*, Bruxelles, 2014; A. ULUIRMAK, *The Role of the Environment Action Programmes of the European Union in the Development of EU Environmental Policy*, in *European Journal of Sustainable Development and Research*, n. 1, 2016, pp. 1-9.



L'8° PAA, ad esempio, definisce un orientamento per l'elaborazione delle politiche dell'Unione sulla base, tra l'altro, degli impegni delle strategie e delle iniziative del *Green Deal* europeo, come la strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030, il nuovo piano d'azione per l'economia circolare, la strategia in materia di sostanze chimiche sostenibili e il piano d'azione «inquinamento zero»<sup>18</sup>. Tale PAA si prefigge di realizzare una transizione verso un'economia del benessere attraverso lo sviluppo di un approccio più globale all'elaborazione delle politiche che implichi, ad esempio, «l'uso di un quadro di valutazione sintetico che misuri i progressi economici, sociali e ambientali al di là del PIL»<sup>19</sup>. Vengono fornite linee guida “strategiche” che istituzioni europee e Stati membri dovrebbero implementare nel contesto di altre politiche, come l'agricoltura, i trasporti, la concorrenza, l'energia, il turismo, l'industria e il commercio<sup>20</sup>.

Inoltre, è opportuno notare che la capacità di coordinamento alla luce degli obiettivi ambientali muove da basi giuridiche che si aggiungono, e in realtà precedono, quelle che possono teoricamente essere evocate per garantire la “capacità di azione autonoma” dell'Unione, come ad esempio il principio dell'autonomia dell'ordine giuridico dell'UE o quello di leale cooperazione<sup>21</sup>.

Come affermato dalla Corte di giustizia dell'UE fin dal noto caso *Grecia/Consiglio*, «le esigenze connesse con la salvaguardia dell'ambiente costituiscono una componente delle altre politiche della Comunità»<sup>22</sup>. Le indicazioni e strategie formulate in materia ambientale dovrebbero essere integrate in ogni politica dell'UE, come *ratio legis* ed esigenze da bilanciare e soddisfare, in forza del principio d'integrazione ambientale sancito dall'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDFUE) e dall'art. 11 TFUE. Tale principio, che agirebbe come clausola orizzontale dei Trattati, integrerebbe

<sup>18</sup> Decisione (UE) 2022/591 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 aprile 2022, relativa a un programma generale di azione dell'Unione per l'ambiente fino al 2030, considerando n. 11.

<sup>19</sup> *Ibidem*, considerando n. 19.

<sup>20</sup> Sull'effetto intersettoriale degli obiettivi stabiliti in materia ambientale, oltre agli autori citati nella nota 17, si vedano: L. KRÄMER, *Manuale di diritto comunitario dell'ambiente*, Milano, 2002, p. 42; P. FOIS, *Il diritto ambientale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO (a cura di), *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2017, p. 75.

<sup>21</sup> C. RAPOPORT, *Setting Norms and Promoting a Rules-based International Legal Order: Enhancing Strategic Autonomy Through the Autonomy of the EU Order*, in EP, n. 2, 2023, pp. 447-457.

<sup>22</sup> Corte giust. 29 marzo 1990, 62/88, *Grecia/Consiglio*, punto 20.

in ogni politica e attività obiettivi che vanno al di là di quelli specificamente stabiliti da ciascuna base giuridica; alla luce di tali obiettivi, le diverse politiche convergerebbero verso soluzioni ponderate, e in tal senso coerenti e coordinate.

Come noto, il principio dell'«elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente», stabilito all'art. 3 (3) TUE, è «un obiettivo guida del diritto dell'Unione, [che] costituisce parte integrante del diritto primario dell'Unione e deve essere considerato uno strumento interpretativo del diritto secondario»<sup>23</sup>. L'ambiente avrebbe assunto un valore autonomo di rango ordinamentale, che imporrebbe di implementare ogni politica comune attraverso il prisma degli obiettivi ambientali, consentendo così l'adozione di un approccio olistico alle diverse politiche dell'Unione<sup>24</sup>.

Il processo di acquisizione di autonomia strategica non inciderebbe, in prima analisi, in maniera significativa sulla capacità dell'Unione d'implementare gli obiettivi ambientali. Viceversa, potrebbe sostenersi che sia la capacità di coordinamento e pianificazione consolidatesi attraverso l'esercizio delle competenze ambientali che possa contribuire alla realizzazione degli obiettivi della PESC. Ciò sarebbe in parte suggerito dalla stessa natura della nozione di «autonomia strategica verde», maturata in ambito di relazioni esterne, che pone in stretta e strutturale relazione gli obiettivi ambientali e quelli della PESC, e dalla dimensione esterna della politica ambientale dell'Unione, che è stata anch'essa investita della crisi europea e internazionale scatenata dall'aggressione della Russia all'Ucraina.

### 3. *La dimensione esterna dell'azione ambientale: estensione del campo di applicazione*

La stretta e strutturale relazione tra gli obiettivi ambientali e quelli della PESC, tale da giustificare un esercizio delle competenze ambientali in combinato disposto con quelle legate alla dimensione esterna dell'Unione, è ipotizzabile alla luce degli artt. 191 TFUE e 21 TUE. Quest'ultimo, dedicato alle

<sup>23</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Sharpston, del 12 ottobre 2017, C-664/15, *Protect Natur*, punto. 68.

<sup>24</sup> V. S. STETTER, *Maastricht, Amsterdam and Nice: the Environmental Lobby and Greening the Treaties*, in *European Energy and Environmental Law Review*, n. 1, 2001, pp. 150-159; M. LEE, *The Environmental Implications of the Lisbon Treaty*, in *Environmental law review*, n. 1, 2008, pp. 131-138; H. VEDDER, *The Treaty of Lisbon and European Environmental Law and Policy*, in *Journal of Environmental Law*, n. 2, 2010, pp. 285-299.

disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione, sancisce l'obiettivo di «contribuire all'elaborazione di misure internazionali volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile». L'art. 191 TFUE, a sua volta, attribuisce la competenza di promuovere «misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici». Su tali basi, la protezione dell'ambiente è diventata gradualmente una priorità nelle relazioni dell'UE con gli altri Paesi, anche alla luce della sua natura valoriale e ordinamentale che in virtù dell'art. 3 TUE è stata definita da alcuni autori come di portata “costituzionale”<sup>25</sup>.

La capacità dell'Unione di porsi come «motore fondamentale della politica ambientale in Europa e oltre», ponendosi come «leader mondiale in materia di protezione ambientale internazionale» è stata evidenziata da tempo<sup>26</sup>, così come sono state oggetto di attenzione le interconnessioni tra l'esercizio delle competenze interne e gli obiettivi esterni<sup>27</sup>. In particolare, si è sostenuto che quanto più l'UE è in grado di stabilire standard forti al suo interno, tanto meglio può promuovere i suoi valori a livello internazionale e sviluppare la sua capacità di affermarsi sulla scena internazionale come attore globale autonomo<sup>28</sup>.

In tale prospettiva si pone chiaramente il *Green Deal* europeo, che riprende l'ambizione mondiale dell'Unione sancita dall'accordo multilaterale di Parigi sui cambiamenti climatici, definendo allo stesso tempo le linee essenziali da sviluppare nel dialogo bilaterale con i Paesi partner e introducendo la possibilità d'instaurare, ove necessario, meccanismi di collaborazione innovativi<sup>29</sup>.

Tale coniugazione di obiettivi ambientali e proiezione esterna dell'U-

<sup>25</sup> In tal senso, oltre agli autori citati nella nota precedente, si vedano: A. SIKORA, *Constitutionalisation of Environmental Protection in EU Law*, Zutphen, 2020; T. HAYWARD, *Constitutional Environmental Rights*, Oxford, 2005, pp. 129 e 130.

<sup>26</sup> M. JÄNICKE, H. JÖRGENS, *New Approaches to Environmental Governance*, in M. JÄNICKE, K. JACOB (eds.), *Environmental Governance in Global Perspective. New Approaches to Ecological and Political Modernisation*, Berlin, 2006, p. 173.

<sup>27</sup> P. TOBIN, D. TORNEY, K. BIEDENKOPF, *EU Climate Leadership: Domestic and Global Dimensions*, in T. RAYNER ET AL. (eds.), *Handbook on European Union Climate Change Policy and Politics*, Cheltenham, 2023, pp. 187-200.

<sup>28</sup> A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020; N. HELWIG, *EU Strategic Autonomy: A Reality Check for Europe's Global Agenda*, in *Finnish Institute of International Affairs, Working Paper 119*, 2020, p. 12.

<sup>29</sup> Commissione europea, *Il Green Deal europeo*, COM (2019) 640final, 11 dicembre 2019, punto 3 – L'UE come leader mondiale, pp. 22-25.

nione è stata arricchita di motivazioni dalla crisi europea e internazionale scatenata dall'aggressione della Russia all'Ucraina. Nella «Dichiarazione di Versailles», che rappresenta il momento in cui gli obiettivi verdi si sono “incontrati” con quelli strettamente legati alla nozione di autonomia strategica, il Consiglio europeo ha interpretato la transizione energetica e gli obiettivi stabiliti dal *Green Deal* europeo in modo strumentale al raggiungimento della «sovranità europea» attraverso la riduzione delle dipendenze economiche da Paesi ostili e la diversificazione dei partner economici a livello internazionale<sup>30</sup>.

Allo stesso tempo, nelle recenti proposte legislative, adottate o in corso di negoziazione, in materia di requisiti per la progettazione ecocompatibile<sup>31</sup>, sulle obbligazioni verdi europee<sup>32</sup> e sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità<sup>33</sup>, la definizione di standard interni è in parte presentata come un veicolo sempre più importante per il perseguimento dell'autonomia strategica, in quanto standard interni forti possono essere sfruttati a livello internazionale per promuovere un allineamento multilaterale che favorisca gli interessi e i valori europei<sup>34</sup>.

Un esercizio evidente dell'implementazione degli obiettivi ambientali in funzione del processo di acquisizione di autonomia strategica è, inoltre, il Piano *REPowerEU*, che «mira a ridurre rapidamente la nostra dipendenza dai combustibili fossili russi imprimendo un'accelerazione alla transizione verso l'energia pulita»<sup>35</sup>. Oltre a presentare espressamente la transizione verde in funzione dell'acquisizione di autonomia strategica e della realizzazione di obiettivi della PESC, le istituzioni europee forniscono indicazioni dettagliate su aspetti della politica industriale e quella relativa agli investimenti<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> Riunione informale dei capi di Stato o di governo, Dichiarazione di Versailles, 10-11 marzo 2022.

<sup>31</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 marzo 2022, che stabilisce il quadro per l'elaborazione delle specifiche di progettazione ecocompatibile dei prodotti sostenibili e abroga la direttiva 2009/125/CE.

<sup>32</sup> Regolamento (UE) 2023/2631 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 novembre 2023, sulle obbligazioni verdi europee e sull'informativa volontaria per le obbligazioni commercializzate come obbligazioni ecosostenibili e per le obbligazioni legate alla sostenibilità.

<sup>33</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 febbraio 2022, relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937.

<sup>34</sup> In tal senso si veda, ad esempio, N. HELWIG, *op. cit.*, p. 23.

<sup>35</sup> Commissione europea, piano *REPowerEU*, COM (2022) 230final, 18 maggio 2022.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 21.

Si tratta chiaramente di politiche funzionali alla transizione verde, che ad oggi sono state solo marginalmente coperte dalle politiche presentate per conseguire gli obiettivi ambientali<sup>37</sup>.

Come accennato nelle pagine precedenti, il campo di applicazione dell'azione ambientale dell'UE è piuttosto ampio in virtù dalla natura "globale" e intersettoriale delle questioni ambientali, investendo politiche strutturalmente interconnesse, come l'agricoltura, i trasporti, la concorrenza, l'energia, il turismo, l'industria e il commercio<sup>38</sup>. L'applicazione della nozione di autonomia strategica, arricchendo l'azione ambientale di motivazioni "nuove", rafforzerebbe la natura intersettoriale e trasversale della politica ambientale, sviluppando i riferimenti a politiche funzionali alla sua implementazione.

L'introduzione della nozione dell'autonomia strategica s'inserisce, dunque, in un quadro giuridico e di azione ben consolidato nel tempo, ampliando tuttavia le motivazioni e i riferimenti alle politiche necessarie al raggiungimento congiunto degli obiettivi ambientali e di quelli esterni. In tale prospettiva, il processo di acquisizione di autonomia strategica, pur non incidendo in modo significativo sui poteri di azione in materia ambientale, potrebbe potenzialmente estenderne il campo d'applicazione.

In tal senso, oltre al *REPowerEU*, depone anche la Relazione di previsione strategica 2022, dedicata all' «abbinamento tra transizione verde e transizione digitale nel nuovo contesto geopolitico»<sup>39</sup>. In tale documento, oltre ai riferimenti ai settori tradizionalmente coperti d'azione ambientale, è rafforzato quello alle politiche d'investimento e sono introdotte alcune indicazioni sull'istruzione e la formazione<sup>40</sup>.

Tale approccio, volto a dilatare il campo d'applicazione dell'azione ambientale, è ancora più marcato nella la Relazione di previsione strategica 2023, intitolata «sostenibilità e benessere dei cittadini come fulcro dell'autonomia strategica aperta dell'Europa», dove il conseguimento della neutralità climatica è posto in relazione a una dimensione strettamente sociale e a dieci

<sup>37</sup> Per una panoramica sullo stato attuale delle 20 proposte legislative che compongono il pacchetto di politiche presentate per conseguire gli obiettivi ambientali, è possibile consultare la pagina web del PE ([europarl.europa.eu/legislative-train/package-fit-for-55](https://europarl.europa.eu/legislative-train/package-fit-for-55)).

<sup>38</sup> Si vedano gli autori citati alla nota 20.

<sup>39</sup> Commissione europea, relazione di previsione strategica 2022. Abbinamento tra transizione verde e transizione digitale nel nuovo contesto geopolitico, COM (2022) 289final, 29 giugno 2022.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 14-19.

settori d'intervento strategico, quali ad esempio «l'Europa degli investimenti» o «l'adeguamento dei bilanci pubblici ai fini della sostenibilità»<sup>41</sup>.

Una tale dilatazione dei riferimenti alle politiche necessarie al conseguimento degli obiettivi ambientali, nella prospettiva di promuovere la c.d. “autonomia strategica aperta dell'Unione”, suggerirebbe un ruolo marcatamente dirigista delle autorità pubbliche europee e nazionali, che dovrebbe riflettersi nel contesto dei c.d. regimi di *governance* ambientali europei.

#### 4. *Ruolo dirigista delle autorità europee: i regimi di governance ambientali*

L'idea che il processo di acquisizione di autonomia strategica implichi un ruolo dirigista delle autorità pubbliche, e in particolare di quelle dell'Unione, è ampiamente supportata dalla generale adozione di un approccio improntato a un ritorno a un modello deliberatamente interventista, con forti dinamiche politiche dall'alto verso il basso, emerso prepotentemente durante la crisi pandemia da Covid-19<sup>42</sup>.

Nel corso degli ultimi anni, profondamente segnati da crisi sanitarie e geopolitiche, l'Unione avrebbe definitivamente abbandonato il ruolo di semplice “autorità sovranazionale regolatrice”, con una capacità limitata di sostenere direttamente gli investimenti rispettosi del clima.

Il *Green deal* europeo, ad esempio, da semplice piano generale è stato rapidamente trasformato in un *green recovery programme*, parte importante del *Next Generation EU* (NGEU)<sup>43</sup>. Allo stesso tempo, la Banca europea per gli investimenti (BEI) e la Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo (BERS) si stanno ponendo come attori principali nel supporto economico alla transizione verde<sup>44</sup>.

Nel riconoscere che l'acquisizione dell'autonomia strategica, coerentemente agli obiettivi di neutralità climatica, esige investimenti d'entità inedita, l'Unione avrebbe consolidato, e intenderebbe rafforzare, la sua capacità

<sup>41</sup> Commissione europea, relazione di previsione strategica 2023. Sostenibilità e benessere dei cittadini come fulcro dell'autonomia strategica aperta dell'Europa, COM (2023) 376final, 6 luglio 2023, punti 5-6.

<sup>42</sup> S. BOGOJEVIĆ, *Covid-19, Climate Change Action and the Road to Green Recovery*, in *Journal of environmental law*, n. 3, 2020, pp. 355-359.

<sup>43</sup> R. QUITZOW ET AL., *Green Recovery: Catalyst for an Enhanced EU Role in Climate and Energy Policy?*, in RAYNER ET AL. (eds.), *op. cit.*, pp. 351-366.

<sup>44</sup> D. MERTENS, M. THIEMANN, *The European Investment Bank: the EU's Climate Bank?*, in RAYNER ET AL. (eds.), *op. cit.*, pp. 68-82.

di agire “direttamente” e in modo autonomo in aree politiche strategicamente importanti<sup>45</sup>, suggerendo scenari in cui i governi nazionali siano indotti a devolvere competenze e poteri all’UE.

Il report del JRC della Commissione «Towards a fair and sustainable Europe 2050: Social and economic choices in sustainability transitions», che integra la relazione di previsione strategica 2023 relativa all’«autonomia strategica aperta dell’Europa», illustra le ragioni che giustificano una guida rafforzata dell’Unione in uno scenario definito come *greening through crisis*, dove la transizione verde è motivata dall’instabilità geopolitica e dagli impatti del cambiamento climatico. In mancanza di un approccio sistemico la portata della transizione verde sarebbe limitata; solo in combinazione con una diminuzione della produzione e dei consumi dovuta a eventi esterni potrebbe essere raggiunta la neutralità climatica dell’UE<sup>46</sup>.

Un tale approccio sistemico, volto a consolidare e rafforzare la capacità d’azione dell’Unione, dovrebbe verosimilmente riflettersi nei c.d. regimi europei di *governance* ambientali. Tali regimi, come noto, muovendo da obblighi di pianificazione e risultato, permettono alle autorità europee di valutare l’efficacia delle azioni nazionali e la loro conformità agli obiettivi europei, fornendo allo stesso tempo indicazioni correttive utili alla definizione di politiche comuni sul medio e lungo termine<sup>47</sup>. Nei sistemi più avanzati sono definiti quadri regolamentari incentrati su persistenti problemi ambientali, connessi a proprietà strutturali d’importanti settori economici, che registrano avanzamenti costanti attraverso le c.d. *reflexive framework directives*<sup>48</sup>, che a loro volta producono obiettivi regolamentari di lungo termine a livello dell’Unione<sup>49</sup>.

L’esempio più emblematico di tali regimi è quello relativo alla gestione delle risorse idriche, dove la direttiva quadro sulle acque impone obblighi

<sup>45</sup> COM (2023) 376final, cit., pp. 5, 8-10.

<sup>46</sup> European Commission, JRC report, *Towards a fair and sustainable Europe 2050: Social and economic choices in sustainability transitions*, cit., p. 29.

<sup>47</sup> L. KRÄMER, *Environmental Governance in the EU*, in M. ALBERTON, F. PALERMO (eds.), *Environmental Protection in Multi-Layered Systems*, Leiden, 2012, pp. 9-30; J. SCOTT, *Law and Environmental Governance in the EU*, in *ICLQ*, n. 4, 2002, pp. 996-1005.

<sup>48</sup> Le direttive ambientali sono definite “riflessive” in quanto muovono da un significativo confronto transnazionale e sono esse stesse soggette a regolare revisione alla luce dei c.d. *learning mechanisms*, che implicano un’ampia consultazione delle parti sociali rilevanti. Sulla c.d. *governance* riflessiva, trasversalmente adottata nel processo integrativo europeo, si veda, *ex multis*, E. LANTSCHNER, *Reflexive Governance in EU Equality Law*, Oxford, 2021.

<sup>49</sup> In questi termini si veda J. SCOTT, *Environmental protection: European law and governance*, Oxford, 2009, p. 23.



di risultato e pianificazione organica, completati e integrati costantemente anche con obblighi di mezzi dalle direttive derivate connesse, che tendono a bloccare la programmazione normativa ed economica dei pubblici poteri anche in funzione della transizione verde e all'economia circolare<sup>50</sup>. Nella prospettiva di garantire un approccio sistemico, tuttavia, assume particolare rilievo il c.d. regime di *governance* del clima e l'energia, definito dalla normativa europea sul clima<sup>51</sup> congiuntamente al regolamento sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima<sup>52</sup>, che ha definitivamente sancito il legame strutturale tra le questioni climatiche e quelle energetiche, riducendo allo stesso tempo la frammentarietà del quadro giuridico di riferimento<sup>53</sup>.

Il regime di *governance* del clima e l'energia fornisce chiaramente il quadro di riferimento all'interno del quale l'Unione dovrà misurare le sue ambizioni in termini di autonomia strategica e rafforzamento delle proprie capacità d'azione. Incentrato sul complesso e articolato dialogo tra la Commissione e gli Stati membri sui piani nazionali integrati per l'energia e il clima (PNEC), tale regime di *governance* fornisce la possibilità di adottare un approccio sistemico e rafforzare la coerenza orizzontale delle politiche connesse alla transizione energetica<sup>54</sup>.

I PNEC, che devono rispettare obblighi di forma e riflettono la logica delle cinque dimensioni della c.d. Unione dell'energia, sono monitorati alla luce di obiettivi di qualità, corredati da obblighi di risultato, prendendo in analisi la rendicontazione sul fabbisogno di investimenti e sulle relative fonti di finanziamento delle misure programmatiche<sup>55</sup>. Gli Stati membri, per ogni dimensione, devono includere traguardi, obiettivi e/o contributi, nonché politiche e misure per raggiungere gli obiettivi nazionali; la Commissione, a

<sup>50</sup> Sul punto v. A. DI MARCO, *Water Law in Circular Economy: Ultra Vires Actions in Environmental Sector, or when Union Ambition Far Exceed its Abilities*, in *MJECL*, n. 2, 2022, pp. 182-200.

<sup>51</sup> Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 2021, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica («Normativa europea sul clima»).

<sup>52</sup> Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima.

<sup>53</sup> M. KNODT, *Instruments and Modes of Governance in EU Climate and Energy Policy: from Energy Union to the European Green Deal*, in RAYNER ET AL. (eds.), *op. cit.*, pp. 202-215.

<sup>54</sup> L. HANCHER, *EU Energy Governance —Moving Targets and Flexible Ambitions between Opacity and Opportunism?*, in *YEL*, vol. 41, 2022, pp. 162-196.

<sup>55</sup> *Rapporto speciale 18/23, Obiettivi dell'UE in materia di energia e di clima*, cit., allegato IV, pp. 56-58.

sua volta, nelle sue valutazioni integra i riferimenti ad atti di *hard law*, quali ad esempio quelli relativi all'efficienza energetica e alle energie rinnovabili, a quelli tradizionali di *soft governance*, che ricoprono anche aspetti relativi alla tassazione e all'aggiustamento dei budget pubblici<sup>56</sup>.

L'integrazione degli strumenti di *soft law* in quelli di *hard law* ha portato alcuni autori a parlare di "*harder*" *soft governance*, dove la rigida divisione di competenze tende a sfumare e le istituzioni europee accrescono la loro capacità di indirizzo ben al di là dei poteri attribuiti<sup>57</sup>.

Supportati anche dal rafforzamento dei c.d. strumenti di *shaming and blaming*<sup>58</sup>, si potrebbe argomentare che il processo di acquisizione di autonomia strategica consoliderebbe la posizione delle istituzioni europee nel dialogo costante con le autorità statali. Parafrasando una nota affermazione dell'attuale presidente della Corte di giustizia, di fronte all'esigenza di tutelare il processo integrativo e l'autonomia dell'Unione non sarebbe «possible to ascertain a nucleus of sovereignty that Member States can invoke, as such, against the Community»<sup>59</sup>. Alla luce del principio di leale cooperazione, riprendendo altre interessanti riflessioni sulle competenze dell'Unione, sembrerebbe «superfluo, o comunque soltanto un esercizio di stile, provare a tracciare un confine netto tra le competenze dell'Unione e le competenze proprie degli Stati, in quanto l'assestamento della costruzione giuridica ed istituzionale dell'Unione ha affermato una cooperazione propiziata dall'alto, ma che alimenta un costante dialogo diretto alla creazione di un *humus* entro il quale si dispiegano i diversi poteri»<sup>60</sup>.

Tuttavia, la possibilità delle istituzioni europee di accrescere le loro capacità d'azione, riducendo quella che abbiamo indicato come la frammentarietà verticale del sistema giuridico dell'Unione, rimane ampiamente da

<sup>56</sup> S. SCHLACKE ET AL., *Implementing the EU Climate Law via the 'Fit for 55' package*, in *Oxford Open Energy*, n. 1, 2022, pp. 1-13; M. KNODT, J. SCHOENEFELD, *Harder Soft Governance in European Climate and Energy Policy: Exploring a New Trend in Public Policy*, in *Journal of Environmental Policy and Planning*, n. 6, 2020, p. 761.

<sup>57</sup> M. KNODT, M. RINGEL, R. MÜLLER, "*Harder*" *Soft Governance in the European Energy Union*, in *Journal of Environmental Policy and Planning*, vol. 22, n. 6, 2020, p. 1; P. BOCQUILLON, E. BROOKS, T. MALTBY, *Speak Softly and Carry a Big Stick: Hardening Soft Governance in EU Energy and Health Policies*, in *Journal of Environmental Policy & Planning*, vol. 22, n. 6, 2020, p. 843.

<sup>58</sup> M. KNODT, *op. cit.*, pp. 202-215.

<sup>59</sup> K. LENAERTS, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 38, 1990, p. 220.

<sup>60</sup> P. DE PASQUALE, *Competenze proprie degli Stati e principio di leale collaborazione*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2019, p. 12.

verificare. I possibili sviluppi in senso “dirigista” dell’Unione dovrebbero confrontarsi con due limiti strutturali di tale regime di *governance*: in primo luogo, le raccomandazioni della Commissione sui PNEC rimangono non vincolanti, e gli Stati membri devono semplicemente tenere «in debita considerazione la raccomandazione in uno spirito di solidarietà tra Stati membri e Unione e tra gli Stati membri, [precisando] nell’anno successivo [...] in che modo ha tenuto in debita considerazione la raccomandazione»<sup>61</sup>.

In secondo luogo, le autorità nazionali mantengono un ampio margine d’apprezzamento sui mezzi da adottare per soddisfare gli obblighi di risultato<sup>62</sup>. Il regime di *governance* del clima e l’energia non definisce con precisione le misure che le istituzioni dell’Unione e gli Stati membri devono adottare, e quando, per progredire verso un’Europa neutrale dal punto di vista climatico entro il 2050<sup>63</sup>. In tale contesto, è possibile avanzare l’idea che gli Stati membri siano destinatari di un generico obbligo di pianificazione, che non vincola la programmazione normativa ed economica dei pubblici poteri a specifiche misure. La capacità di azione dell’Unione rimarrebbe funzionale e subordinata alle decisioni prese dagli Stati, anche nei casi in cui le misure identificate siano finanziariamente supportate dall’Unione.

Si potrebbe sostenere che il quadro giuridico istituito per la protezione dell’ambiente e la lotta al cambiamento climatico fornirebbe strumenti idonei al coordinamento e alla pianificazione strategica, ma l’ambizione dell’Unione di rafforzare la sua capacità di agire autonomamente sarebbe frustrata dall’incertezza sulle misure da adottare. La mancanza di un consenso diffuso sul “come” procedere renderebbe l’autonomia strategica verde una diade ineluttabile, le cui incertezze operative esalterebbero i limiti di un ordinamento che rimane saldamente ancorato al principio di attribuzione.

##### 5. Osservazioni (non) conclusive: diadi ineluttabili e capacità ordinamentali incerte

Questa riflessione ha evidenziato come l’irruzione della nozione di autonomia strategica in ambito ambientale non sembra che incida in maniera

<sup>61</sup> Regolamento (UE) 2018/1999, cit., art. 34 (2).

<sup>62</sup> S. ROMPPANEN, *Targets, Timetables and Effort Sharing as Governance Tools: Emergence, Scope and Ambition*, in RAYNER ET AL. (eds.), *op. cit.*, pp. 351-366, pp. 216-230.

<sup>63</sup> L. HANCHER, *op. cit.*, p. 171.

significativa sulle capacità di “sintesi” e di “azione” delle istituzioni europee. Viceversa, è possibile sostenere che siano i poteri e le capacità di azione, che si sono consolidati nel corso degli ultimi decenni in materia ambientale, che possano contribuire al perseguimento degli obiettivi esterni.

Si è notato che i poteri di coordinamento e pianificazione strategica, il cui rafforzamento secondo un approccio olistico è stato implicitamente indicato come la principale conseguenza del processo di acquisizione di autonomia strategica sugli equilibri istituzionali e sull’esercizio delle competenze, rappresenti una caratteristica ben consolidata dell’azione comune in materia ambientale. Il c.d. principio d’interconnessione dei diversi aspetti ambientali derivanti dall’attività umana, che sancisce la natura intersettoriale delle questioni ambientali, ha da tempo introdotto nella prassi delle istituzioni europee la formulazione di documenti strategici volti a coordinare azioni e iniziative settoriali che necessitano di essere orientate verso un obiettivo comune.

Inoltre, è stato argomentato che le indicazioni e strategie formulate in materia ambientale dovrebbero essere integrate in ogni politica dell’UE, come *ratio legis* ed esigenze da bilanciare e soddisfare, in virtù del principio dell’integrazione ambientale sancito dai Trattati e dalla CDFUE. Quest’ultimo, come noto, secondo una giurisprudenza consolidata è un obiettivo guida del diritto dell’Unione, che stabilisce un collegamento tra gli obiettivi generali d’integrazione enunciati negli articoli introduttivi del TUE e i compiti e i poteri specifici conferiti all’UE nei titoli successivi del TFUE. Tale principio, che agirebbe come clausola orizzontale dei Trattati, integrerebbe in ogni politica e attività obiettivi che vanno al di là di quelli specificamente stabiliti da ciascuna base giuridica, consentendo così l’adozione di un approccio olistico alle diverse politiche dell’Unione.

In tale prospettiva, appare evidente che nel quadro giuridico dell’Unione, dove l’ambiente ha assunto un valore autonomo di rango ordinamentale, il processo di acquisizione di autonomia strategica debba essere necessariamente interpretato e implementato attraverso il prisma degli obiettivi ambientali, e in modo particolare alla luce di quelli recentemente sanciti dalla normativa europea sul clima.

L’autonomia strategica verde rappresenterebbe una diade nella quale i due elementi costitutivi, l’autonomia strategica e la transizione verde, sono interconnessi e devono essere congiuntamente considerati nella formulazione delle politiche e delle decisioni. Nel caso di conflitti tra questi due elementi, un tentativo di bilanciamento dovrebbe ragionevolmente realizzarli coerentemente alle linee giurisprudenziali definite dalla Corte di giustizia

sull'applicazione del principio di integrazione ambientale, che come noto non impone di anteporre sistematicamente le necessità connesse alla protezione ambientale<sup>64</sup>.

Tuttavia, nel quadro di una valutazione su misure e azioni, essenzialmente giustificate dalle motivazioni dell'autonomia strategica, che pongano il dilemma *polluting autonomy/green dependence*, è possibile ipotizzare che dovrebbe essere garantita una *primaauté* alla preservazione della transizione verde. In particolare, in situazioni in cui non sia possibile perseguire l'obiettivo esterno dell'autonomia strategica attraverso una sua attuazione ponderata, e l'azione contestata comprometta irrimediabilmente gli obiettivi dettagliatamente fissati dalla normativa europea sul clima, una "scelta tragica" dovrebbe essere operata a favore dello scenario di *green dependence*. Ciò alla luce della portata giuridica degli obiettivi ambientali, che ad oggi appaiono particolarmente enfatizzati dall'urgenza ambientale e dall'imperativo etico e di giustizia intergenerazionale che l'UE e i suoi Stati membri hanno solennemente riconosciuto a più riprese, sia internamente che attraverso l'adesione ad accordi internazionali come, ad esempio, l'accordo multilaterale di Parigi sui cambiamenti climatici<sup>65</sup>.

La capacità dell'UE di risolvere coerentemente tali "dilemmi", trovando il giusto equilibrio tra autonomia strategica e accelerazione della transizione verde, appare tuttavia compromessa, o seriamente limitata, dalla difficoltà a valutare l'impatto e i possibili (e incerti) scenari legati a specifiche decisioni, come in parte suggerito da alcune ONG attraverso una denuncia presentata al Mediatore europeo il 25 maggio 2022<sup>66</sup>. In tale denuncia si contesta un accordo con gli Stati Uniti sulla sicurezza energetica europea, stipulato in linea con il *REPowerEU* il 25 marzo 2022, che secondo i promotori si baserebbe fondamentalmente su una valutazione errata delle implicazioni sugli obiettivi della neutralità climatica delle misure proposte per ridurre la dipendenza dalle importazioni di energia dalla Russia e vincolerebbe l'Unione a una di-

<sup>64</sup> Sul punto si vedano, *ex multis*, le note conclusioni dell'Avv. gen. Bot, dell'8 maggio 2013, C204/12 a C208/12, *Essent Belgium NV*, par. 92.

<sup>65</sup> Sul riconoscimento dell'imperativo etico e di giustizia intergenerazionale da parte dell'UE, oltre agli autori citati nelle note 24-26, si veda anche: A. BUSER, *Towards a Climate Resilient European Union? Prospects and Limitations of a General EU Climate Adaption Law*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, n. 2, 2023, pp. 127-144.

<sup>66</sup> Global Legal Action Network, *Complaint to the European Ombudsman on Oil and Gas Imports from Russia*, 25 May 2022, [climatecasechart.com/non-us-case/complaint-to-the-european-ombudsman-on-oil-and-gas-imports-from-russia/](https://climatecasechart.com/non-us-case/complaint-to-the-european-ombudsman-on-oil-and-gas-imports-from-russia/).

pendenza a lungo termine dai combustibili fossili<sup>67</sup>. Alla luce di tale difficoltà, è stato difatti messa in dubbio la capacità del *Green Deal* di garantire coerentemente l'acquisizione dell'autonomia strategica<sup>68</sup>, e l'applicazione del test di proporzionalità in un ipotetico bilanciamento rievocherebbe antiche critiche a tale metodo, definito dai suoi detrattori come «procedura fluida e praticamente incontrollabile»<sup>69</sup>, «marasma e miseria metodologica»<sup>70</sup> o «tecnica priva di principi»<sup>71</sup>.

L'incertezza sulle misure da adottare è riscontrabile nel recente regime di *governance* dell'energia e il clima. È stato evidenziato come l'attuale quadro giuridico per la protezione dell'ambiente e la lotta al cambiamento climatico, definito dalla normativa europea sul clima e dal regolamento sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima, ha definitivamente sancito il legame strutturale tra le questioni climatiche e quelle energetiche. La c.d. frammentarietà orizzontale del sistema giuridico dell'Unione appare notevolmente ridotta, ma non sono definite con precisione le misure che le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri devono adottare, e quando, per progredire verso un'Europa neutrale dal punto di vista climatico entro il 2050. Ciò rifletterebbe la mancanza di un consenso diffuso sul “come” procedere, che a sua volta comprometterebbe la capacità della Commissione di ricomporre coerentemente ciò che abbiamo indicato come “frammentarietà verticale”.

In tale contesto, nella discussione precedente è stata dunque avanzata l'idea che gli Stati membri siano destinatari di un generico obbligo di pianificazione, che non vincola la programmazione normativa ed economica dei pubblici poteri a specifiche misure. La capacità di azione dell'Unione rimarrebbe funzionale e subordinata alle decisioni prese dagli Stati, anche nei casi in cui le misure identificate siano finanziariamente supportate dall'Unione.

Tuttavia, potrebbe sostenersi che l'ampliamento delle motivazioni e dei riferimenti alle politiche necessarie al raggiungimento congiunto degli obiettivi ambientali e di quelli esterni, contenuto nei documenti d'indirizzo per

<sup>67</sup> *Ibidem*, par. 8-9.

<sup>68</sup> O. QUIRICO, *The European Green Deal: a Gateway to Strategic Energy Autonomy?*, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, vol. 68, 2023, pp. 69-87.

<sup>69</sup> F. MÜLLER, O. JOUANJAN, *Discours de la méthode juridique*, Paris, 1996, pp. 205-206 e 287.

<sup>70</sup> C.-A. MORAND, *Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles*, in *Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1996, p. 59 ss.

<sup>71</sup> A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, pp. 943-1005.

acquisire l'autonomia strategica, potrebbe colmare in parte questa lacuna, contribuendo al raggiungimento del consenso necessario per definire le misure aggiuntive per conseguire gli obiettivi ambientali evocate dalla Corte dei Conti europea.

L'esigenza di tutelare il processo integrativo e l'autonomia dell'Unione rafforzerebbe la posizione delle istituzioni europee nel complesso e costante dialogo con le autorità nazionali "diretto alla creazione di un *humus* entro il quale si dispiegano i diversi poteri". La Commissione, anche in forza dell'emergente ruolo deliberatamente interventista dell'Unione, che sta sensibilmente accrescendo le sue capacità di sostegno diretto agli investimenti rispettosi del clima, potrebbe (o dovrebbe) avanzare proposte di misure aggiuntive che potrebbero eventualmente essere inquadrate sotto forma di obblighi di mezzi.

Nel quadro di una transizione che si prefigge l'ambizioso obiettivo di cambiare i paradigmi economici che hanno in parte animato il processo integrativo, è legittimo considerare l'ipotesi dell'introduzione di obblighi di mezzi, che completino quelli di pianificazione e supportino concretamente quelli di risultato, sul modello, ad esempio, del regime di *governance* dell'acqua. Come noto, in tale regime, la previsione di obblighi di mezzi limita notevolmente il margine di manovra degli Stati, richiedendo *de facto* un intervento capace di garantire la predisposizione di un piano d'investimenti che "blocchi" così la programmazione normativa ed economica dei pubblici poteri nazionali<sup>72</sup>. In tale prospettiva, potrebbero assumere rilievo i lavori del comitato consultivo scientifico europeo sui cambiamenti climatici, che secondo la normativa europea sul clima ha il compito di «identificare le azioni e le opportunità necessarie per conseguire con successo gli obiettivi climatici dell'Unione»<sup>73</sup>.

Istituzioni europee e Stati membri sarebbero tenuti a confrontarsi su tali scenari, che implicano una limitazione del margine di manovra degli Stati e consolidano la capacità d'azione dell'Unione, alla luce del carattere vincolante degli obiettivi ambientali stabiliti dalla normativa europea sul clima. Come emerso nel corso delle pagine precedenti, la coniugazione degli obiettivi ambientali attraverso il prisma dell'autonomia strategica non sarebbe una mera formula di sintesi politica, ma la conseguenza logica e giuridica del ruolo ordinamentale che l'ambiente ha assunto da tempo nel sistema giuridico dell'UE.

Sugli esiti che l'irruzione dell'autonomia strategica possa avere sulla capacità d'azione dell'Unione pesano, tuttavia, le incertezze geopolitiche e so-

<sup>72</sup> V. A. DI MARCO, *Il diritto dell'acqua. Principi internazionali e regolamentazione europea*, Napoli, 2018, p. 192.

<sup>73</sup> Regolamento (UE) 2021/1119, cit., art. 3.



ciali che stanno interrogando i diversi governi europei. Sarà probabilmente compito della Commissione che sarà formata dopo le elezioni del Parlamento europeo del 2024 dare seguito ai segnali di cambiamento qualitativo che il nuovo quadro geopolitico ha innescato.

### **Abstract (ita)**

Il presente studio esplora l'emergente nozione di autonomia strategica verde, interrogandosi sulle sue potenziali implicazioni giuridiche per le competenze delle istituzioni europee. Prendendo in analisi gli atti e le misure adottate in seguito all'aggressione della Russia all'Ucraina, si avanza l'idea di un'estensione del campo di applicazione delle competenze ambientali. Tale ipotesi è esaminata alla luce della dimensione esterna dell'azione ambientale dell'Unione e sulla base delle competenze stabilite nel quadro giuridico dei cosiddetti regimi di *governance* ambientale. L'obiettivo è verificare se la coniugazione degli obiettivi ambientali attraverso il prisma dell'autonomia strategica sia una mera formula di sintesi politica che non introduce sviluppi giuridici significativi o, al contrario, rappresenti lo sviluppo di un obiettivo comune che rafforza la capacità di azione dell'Unione.

### **Abstract (eng)**

This study explores the emerging notion of green strategic autonomy and questions its potential legal implications for the competences of European institutions. By taking into account acts and measures adopted in the aftermath of Russia's aggression against Ukraine, the idea of an extension of the scope of environmental competences is advanced. This is examined in the light of the external dimension of the Union's environmental action and on the basis of the competences established in the legal framework of the so-called environmental governance regimes. The aim is to verify whether the implementation of environmental objectives through the prism of strategic autonomy is a mere formula of political synthesis that does not introduce significant legal developments or, conversely, represents a development of a common objective that strengthens the Union's capacity to act.



RICONOSCIMENTO DI QUALIFICHE PROFESSIONALI  
E PARTECIPAZIONE AGLI APPALTI NEGLI STATI UE:  
QUALCHE RIFLESSIONE SULL'IMPATTO DELLA *BREXIT*

**Chiara Gambino\***

SOMMARIO: 1. I rapporti commerciali tra Unione europea e Regno Unito alla luce della *Brexit*. – 2. I reciproci impegni assunti da Unione europea e Regno Unito in materia di appalti pubblici. – 3. L'inapplicabilità, a seguito della *Brexit*, della direttiva 2005/36 nei confronti dei cittadini britannici. – 3.1. Le lacune del *Trade and Cooperation Agreement* per quel che concerne il riconoscimento delle qualifiche professionali conseguite nel Regno Unito. – 4. Un tentativo di coordinamento tra la necessità del previo riconoscimento delle qualifiche ed il diritto di partecipare alla gara. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *I rapporti commerciali tra Unione europea e Regno Unito alla luce della Brexit*

Con il perfezionamento, in data 1° febbraio 2020, del recesso, unilaterale e volontario, dall'Unione europea e dalla Comunità dell'energia atomica secondo il procedimento regolato dall'art. 50 TUE (c.d. *Brexit*), il Regno Unito ha perso, come è noto, lo *status* di Stato membro, diventando, a tutti gli effetti, un Paese terzo<sup>1</sup>.

Si è aperto, così, un periodo di transizione protrattosi fino al 31 dicembre 2020, durante il quale Regno Unito ed Unione europea hanno negoziato le loro relazioni future addivenendo, il 24 dicembre 2020, all'intesa per la stipula, tra l'altro<sup>2</sup>, dell'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione

\* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Genova.

<sup>1</sup>In argomento, cfr., *ex plurimis*, F. FABBRINI (ed.), *The law and politics of Brexit: Volume III – The framework of new EU-UK relations*, Oxford, 2021; P. MARIANI, G. SACERDOTI, *Brexit and trade issues*, in *EJLS*, 2019, p. 187 ss.; G. ADINOLFI, *Moving forward to the past: il recesso del Regno Unito dall'Unione europea alla luce del diritto dell'OMC*, in *DCI*, 2018, p. 3 ss.

<sup>2</sup>L'intesa raggiunta riguardava la stipula di tre distinti accordi, corrispondenti *i*) all'accordo sugli scambi commerciali tra il Regno Unito e l'Unione europea per la regolazione dei

(*Trade and Cooperation Agreement*, d'ora in poi "TCA") volto a regolare, a decorrere dal 2021, i reciproci rapporti bilaterali<sup>3</sup>.

Si tratta di un accordo molto ampio, dalla struttura e dai contenuti assai articolati e complessi<sup>4</sup>. Esso si occupa, infatti, non solo degli scambi di merci e di servizi, ma anche di un'ampia gamma di altri settori di interesse per l'Unione europea, tra cui figurano, per esempio, gli investimenti, la concorrenza, gli aiuti di Stato, la trasparenza fiscale, i trasporti aerei e stradali, l'energia e la sostenibilità, la pesca, la protezione dei dati, il coordinamento in materia di sicurezza sociale e, per quanto d'interesse ai presenti fini, gli appalti pubblici. In relazione a certi settori, tale documento dedica, nondimeno, solo poche e scarse disposizioni, rinviando, ai fini della loro disciplina, a futuri (ed eventuali) accordi ulteriori. Particolarmente significative, in questa prospettiva, si rivelano, come si vedrà in appresso, le pattuizioni concernenti la mobilità delle persone e, nello specifico, il riconoscimento delle qualifiche professionali.

Tale impostazione trae origine e giustificazione dalle peculiari circostanze che hanno reso necessaria la conclusione dell'accordo in esame. Scopo del trattato in discorso non è, infatti, la promozione, (come avviene di consueto con gli accordi cd. di associazione alla cui categoria esso appartiene)<sup>5</sup>,

rapporti bilaterali, *ii*) all'accordo sulla sicurezza delle informazioni, nonché *iii*) all'accordo sull'energia nucleare.

<sup>3</sup> 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. La disciplina contenuta nell'accordo è applicabile, in particolare, a decorrere dal 1° gennaio 2021, in via transitoria, e dal 1° maggio 2021, in via definitiva. Per un commento, cfr., *ex plurimis*, 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; C. ECKES, P. LEINO-SANDBERG, *The EU-UK Trade and Cooperation Agreement – Exceptional circumstances or a new paradigm for EU external relations*, in *Modern Law Review*, 2022, p. 164 ss.

<sup>4</sup> Esso si compone, in particolare, di ben 1216 pagine e comprende, oltre al preambolo, sette parti suddivise in sezioni, capi, titoli e rubriche, per complessivi 544 articoli, cui acce-dono 46 allegati, appendici e note a piè di pagina che ne fanno parte integrante. L'accordo risulta, poi, completato da tre protocolli e da una serie di dichiarazioni; esso, inoltre, rinvia, ai fini della disciplina di taluni specifici aspetti, ad ulteriori accordi integrativi suscettibili di successiva conclusione tra le parti.

<sup>5</sup> In questi termini, cfr. C. CURTI GIALDINO, *Prime considerazioni sugli accordi concernenti le future relazioni tra il Regno Unito e l'Unione europea*, in *federalismi.it*, 10 febbraio 2021; in argomento cfr., *ex plurimis*, P. VAN ELSUWEGE, M. CHAMON, *The meaning of "association" under EU law – A study on the law and practice of EU association agreements*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs – DG for Internal Policies of the Union, 2019;

della convergenza tra le discipline delle parti contraenti; bensì, al contrario, quello di gestire, secondo una inedita logica di “associazione inversa”, le divergenze sopravvenute (per effetto del recesso) tra due sistemi che, fino a poco tempo prima, erano fortemente integrati<sup>6</sup>.

È indubbio, ad ogni modo, che il carattere parziale ed incompleto dell’ambito oggettivo della disciplina contenuta in detto accordo sia suscettibile di far sorgere non trascurabili difficoltà in sede di applicazione, come si cercherà di illustrare in appresso con specifico riferimento alle pattuizioni in materia di appalti pubblici. In particolare, si vedrà che la realizzazione degli obiettivi sottesi a tali pattuizioni potrebbe essere ostacolata dall’assenza, nell’ambito dell’accordo in questione, di una compiuta disciplina volta a favorire il reciproco riconoscimento delle qualifiche professionali.

A seguito di una breve disamina degli impegni reciprocamente assunti dalle parti in materia di appalti pubblici, ci si soffermerà, quindi, sulle criticità con cui potrebbe essere chiamato a misurarsi l’operatore britannico che intenda partecipare, avvalendosi della disciplina ricavabile da siffatte pattuizioni, a procedure di selezione indette presso uno Stato UE nell’ambito delle quali sia prescritto, quale condizione di ammissibilità, il possesso, in capo ai soggetti da impiegare nell’esecuzione dell’appalto, di specifiche competenze e professionalità.

## 2. *I reciproci impegni assunti da Unione europea e Regno Unito in materia di appalti pubblici*

Come accennato, il TCA dedica specifiche disposizioni in materia di appalti pubblici nel Titolo VI, il cui intento è assicurare che le imprese UE possano partecipare, a condizioni di parità con gli operatori britannici, alle

D. GALLO, *I valori negli accordi di associazione dell’Unione Europea*, in E. SCISO, R. BARATTA, C. MORVIDUCCI (a cura di), *I valori dell’Unione Europea e l’azione esterna*, Torino, 2016, p. 145 ss.; A. MIGNOLLI, *Commento all’art. 217 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione Europea*, Milano, 2014, p. 1784 ss.; M. MARESCEAU, *Les accords d’intégration dans les relations de proximité de l’Union Européenne*, in C. BLUMANN (a cura di), *Le frontières de l’Union Européenne*, Bruxelles, 2013, p. 153 ss.; G. GATTINARA, *Art. 217 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell’Unione Europea operativo*, Napoli, 2012, p. 1589 ss.

<sup>6</sup> In questi termini, cfr. M. C. BARUFFI, *Natura, struttura e caratteri generali dell’accordo*, in G. ADINOLFI, A. MALATESTA, M. VELLANO (a cura di), *op. cit.*, p. 9 e F. MUNARI, *Gli organi istituzionali e il sistema delle fonti*, *ibidem*, p. 35.

gare bandite nel Regno Unito, e viceversa. Scopo di tali pattuizioni è, nello specifico, «garantire ai fornitori di ciascuna parte l'accesso a maggiori opportunità di partecipazione agli appalti pubblici e migliorare la trasparenza delle relative procedure»<sup>7</sup>. In questa prospettiva, l'art. 288 del TCA dispone, in particolare, che «riguardo a qualsivoglia appalto, una misura di una parte non deve comportare per i fornitori dell'altra parte stabiliti nel suo territorio mediante la costituzione, l'acquisizione o il mantenimento di una persona giuridica un trattamento meno favorevole di quello che tale parte accorda ai propri fornitori analoghi».

Tali prescrizioni sembrerebbero accordare, dunque, a qualunque operatore britannico stabilito nel territorio di uno Stato UE il diritto di partecipare *i)* non solo alle procedure di selezione pubblica indette dallo Stato ospitante alle medesime condizioni dei fornitori nazionali, ma anche *ii)* alle gare che si tengano presso qualsiasi altro Stato membro beneficiando del medesimo trattamento previsto in relazione ai prestatori UE.

Vale la pena rammentare che obblighi di tenore analogo discendono, nei rapporti tra Unione e Regno Unito, dall'adesione all'Accordo sugli appalti pubblici, un trattato plurilaterale concluso nel quadro dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) il cui scopo principale consiste nell'apertura dei mercati degli appalti su base di reciprocità. Centrale, anche nel quadro della disciplina dettata nell'ambito di tale strumento, si rivela, infatti, la clausola generale di non discriminazione sancita all'art. IV<sup>8</sup>.

Le pattuizioni testé richiamate potrebbero indurre a ritenere che ciascuno Stato membro abbia l'obbligo di ammettere alla partecipazione alle proprie procedure di appalto gli operatori con sede nel Regno Unito alla stessa stregua di qualsiasi prestatore UE, senza poter imporre alcuna condizione diversa o ulteriore rispetto a quelle prescritte nella documentazione di gara.

Tale impostazione incontra, nondimeno, un significativo ostacolo di ordine pratico nella mancata previsione, a livello pattizio, di meccanismi tesi ad assicurare il riconoscimento automatico delle qualifiche professionali ottenute all'estero (profilo, questo, sul quale ci si soffermerà in appresso). La questione, come si accennava, è suscettibile di venire in rilievo, segnatamente, ogniqualevolta un operatore britannico intenda partecipare a procedure di selezione indette presso uno Stato UE nell'ambito delle quali sia prescritto, quale condizione di ammissibilità, il possesso, in capo ai soggetti da impiegare nell'esecuzione dell'appalto, di specifiche competenze e pro-

<sup>7</sup> Art. 276 del TCA.

<sup>8</sup> L'accordo è in vigore, in particolare, per l'Unione europea a far data dal 6 aprile 2014 e per il Regno Unito dal 1° gennaio 2021.



fessionalità (si pensi, per esempio, ad appalti che riguardino attività di progettazione di opere o infrastrutture). In relazione a tali fattispecie, sorge il dubbio, in particolare, che gli operatori britannici possano partecipare alla procedura di selezione avvalendosi di professionisti di pari cittadinanza che abbiano conseguito la propria formazione nel Regno Unito pur in difetto di un apposito provvedimento di riconoscimento delle relative qualifiche professionali ad opera delle competenti autorità nazionali dello Stato di esecuzione dell'appalto.

In quest'ottica, di seguito ci si soffermerà, pertanto, sull'individuazione del regime di riconoscimento delle qualifiche professionali applicabile nei rapporti di cui trattasi, onde *a*) evidenziarne le potenziali implicazioni in merito all'operatività, in concreto, della summenzionata disciplina in materia di appalti pubblici e *b*) tentare, infine, di addivenire a una soluzione interpretativa che, anche in relazione ai rapporti predetti, consenta di preservare l'effetto utile di tale disciplina.

### 3. *Linapplicabilità, a seguito della Brexit, della direttiva 2005/36 nei confronti dei cittadini britannici*

È, anzitutto, opportuno sottolineare la sopravvenuta inapplicabilità, nei rapporti tra Unione europea e Regno Unito, a seguito della *Brexit*, della disciplina UE in materia di riconoscimento delle qualifiche professionali contenuta nella direttiva 2005/36<sup>9</sup>.

Tale strumento regola, come è noto, i meccanismi funzionali al ricono-

<sup>9</sup> Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, attualmente in vigore nella versione emendata dalla successiva direttiva 2013/55/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, recante modifica della direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali e del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»). In argomento, cfr., *ex plurimis*, M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI, R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea – parte speciale*, Torino, 2021, p. 219 ss.; B. NASCIBENE, *Professionisti e ordini professionali nel diritto dell'Unione europea*, in *EJ*, 2019; B. NASCIBENE, E. BERGAMINI, *Libere professioni, servizi e concorrenza. Norme nazionali e diritto UE a confronto*, in *DCI*, 2019, p. 1 ss.; F. CAPOTORTI, *La nuova direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali tra liberalizzazione e trasparenza*, in *RDIPP*, 2015, p. 79 ss.; E. AMBROSINI, *La nuova direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali*, in *DUE*, 2014, p. 47; E. CHIARETTO, *Il riconoscimento delle qualifiche professionali nell'Unione europea*, in *RDIPP*, 2006, p. 689 ss.

scimento del diritto di ciascun cittadino UE in possesso di un titolo che lo legittimi a svolgere un'attività regolamentata ad esercitare la propria professione, come lavoratore autonomo o subordinato, in uno Stato membro diverso da quello d'origine.

Ed è altrettanto noto che il sistema di riconoscimento delineato nell'ambito di tale strumento normativo si articola in tre diversi regimi. Il meccanismo "generale" si fonda su una procedura da attivarsi, a cura dell'interessato, dinanzi alle competenti autorità dello Stato membro ospitante ai fini della verifica dell'equipollenza, dal punto di vista sostanziale, dei titoli conseguiti all'estero, destinata a concludersi con l'adozione di un apposito provvedimento.

Il secondo regime valorizza, invece, l'esperienza professionale, sull'assunto che essa possa costituire prova sufficiente, a determinate condizioni, del possesso delle conoscenze richieste ai fini dello svolgimento dell'attività considerata.

Il terzo sistema poggia, infine, su un meccanismo di riconoscimento di tipo automatico, specificamente concernente le professioni in relazione alle quali si sia provveduto alla previa armonizzazione dei percorsi formativi.

Il summenzionato regime generale distingue, a sua volta, a seconda che il professionista interessato intenda avvalersi della libertà di prestazione dei servizi (ipotesi regolata dagli articoli compresi tra 5 e 9) o di quella di stabilimento (fattispecie disciplinata dagli articoli compresi tra 10 e 20). Solo in quest'ultimo caso, infatti, il riconoscimento avviene all'esito di una apposita procedura da attivarsi presso le competenti autorità dello Stato membro ospitante. Al contrario, allorché si tratti dell'esercizio della libertà di prestazione dei servizi, il riconoscimento della qualifica professionale si fonda sul principio del Paese d'origine, operando, quindi, automaticamente, senza esigenza di espletare alcuna specifica procedura presso le autorità competenti dello Stato membro ospitante<sup>10</sup>.

Per quanto d'interesse ai presenti fini, è decisivo osservare che l'ambito di applicazione della direttiva in discorso è inequivocabilmente circoscritto alle qualifiche di cui siano titolari cittadini UE. Tale strumento attribuisce, infatti, *i*) il diritto, a favore di tali soggetti, al riconoscimento dei titoli conseguiti all'interno di Stati membri e *ii*) la facoltà, in capo a ciascuno Stato

<sup>10</sup> L'art. 5 della direttiva 2005/36 stabilisce, in particolare, che «fatte salve le disposizioni specifiche del diritto comunitario e gli articoli 6 e 7 della presente direttiva, gli Stati membri non possono limitare, per ragioni attinenti alle qualifiche professionali, la libera prestazione di servizi in un altro Stato membro: a) se il prestatore è legalmente stabilito in uno Stato membro per esercitarvi la stessa professione».

membro, di consentire l'accesso e l'esercizio di professioni regolamentate sul proprio territorio anche a favore di cittadini UE che abbiano conseguito le proprie qualifiche al di fuori dell'Unione europea<sup>11</sup>. Di converso, le qualifiche, ovunque ottenute, di cui siano titolari cittadini di Stati terzi non sono suscettibili di beneficiare della disciplina in oggetto.

Alla luce di quanto precede, non può, pertanto, che concludersi nel senso della sopravvenuta impossibilità, per i cittadini britannici, di fruire del regime agevolato di riconoscimento dei titoli professionali dianzi brevemente richiamato, avendo la *Brexit* fatto venir meno, in capo a tali soggetti, la qualità di cittadini UE e determinato, pertanto, l'esigenza di trattarli alla stregua di cittadini dei Paesi terzi.

Nonostante la recente raccomandazione in tal senso formulata dalla Commissione<sup>12</sup>, manca, per il momento, uno strumento di diritto UE teso a regolare – analogamente alla direttiva 2005/36 – il riconoscimento delle qualifiche professionali conseguite presso Stati terzi. Ai fini della presente indagine, quindi, le regole applicabili a tali titoli vanno ricercate negli strumenti di diritto pattizio in vigore nei rapporti tra Unione europea e Regno Unito.

### 3.1. *Le lacune del Trade and Cooperation Agreement per quel che concerne il riconoscimento delle qualifiche professionali conseguite nel Regno Unito*

Pur recando apposite disposizioni volte a disciplinare le quattro modalità di circolazione o di prestazione internazionale dei servizi (secondo

<sup>11</sup> L'art. 2 della direttiva 2005/36 precisa, al par. 1, che «la presente direttiva si applica a tutti i cittadini di uno Stato membro che vogliono esercitare, come lavoratori subordinati o autonomi, compresi i liberi professionisti, una professione regolamentata in uno Stato membro diverso da quello in cui hanno acquisito le loro qualifiche professionali». Il par. 2 della medesima disposizione puntualizza, inoltre, che «ogni Stato membro può consentire, secondo norme sue proprie, ai cittadini degli Stati membri titolari di qualifiche professionali non acquisite in uno Stato membro, l'esercizio di una professione regolamentata sul proprio territorio ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a)».

<sup>12</sup> Raccomandazione (UE) 2023/2611 della Commissione del 15 novembre 2023 relativa al riconoscimento delle qualifiche dei cittadini di paesi terzi. Con specifico riferimento al riconoscimento delle qualifiche professionali che danno accesso alle professioni regolamentate, la raccomandazione auspica, in buona sostanza, un allineamento rispetto alle procedure previste dalla direttiva 2005/36. Per un primo commento, cfr. M. CASTELLANETA, *Spinta al riconoscimento delle qualifiche anche per i cittadini extra UE*, post del 16 gennaio 2024, reperibile al link [marinacastellaneta.it/blog/spinta-al-riconoscimento-delle-qualifiche-anche-per-cittadini-extra-ue.html](https://marinacastellaneta.it/blog/spinta-al-riconoscimento-delle-qualifiche-anche-per-cittadini-extra-ue.html).

la classificazione comunemente adottata dalle norme del commercio internazionale)<sup>13</sup> e pur contemplando espressamente, al Capo 4, l'ingresso ed il soggiorno temporaneo di talune categorie di persone la cui definizione fa, spesso, perno sul possesso di determinate competenze o titoli di studio<sup>14</sup>, il TCA non contiene alcuna specifica disciplina in materia di reciproco riconoscimento delle qualifiche professionali<sup>15</sup>.

Al contrario, l'art. 158 del TCA stabilisce che «nessuna disposizione del presente articolo osta a che una parte imponga alle persone fisiche di possedere le qualifiche professionali necessarie nel territorio in cui l'attività è esercitata per il settore di attività interessato», limitandosi ad imporre alle parti, ai fini del riconoscimento della formazione conseguita all'estero dagli interessati, taluni obblighi relativi al procedimento da espletarsi dinanzi alle competenti autorità nazionali ed a prefigurare la possibilità che il Consiglio di partenariato elabori intese sul punto<sup>16</sup>.

Alla luce di quanto precede, deve concludersi che, a decorrere dal 1° gennaio 2021, i cittadini britannici, indipendentemente da dove abbiano conseguito la loro qualifica, sono tenuti, per poter accedere alle professioni regolamentate presso uno Stato membro, a ottenere il riconoscimento del

<sup>13</sup> Ci si riferisce, in particolare, alle pattuizioni contenute, rispettivamente, nella parte seconda, titolo II, capo 2 dell'accordo (*Liberalizzazione degli investimenti*), nel successivo capo 3 (*Scambi transfrontalieri di servizi*) e nel capo 4 (*Ingresso e soggiorno temporaneo di persone fisiche per motivi professionali*).

<sup>14</sup> L'art. 140 elenca e disciplina cinque tipologie di presenza temporanea, corrispondenti, nello specifico, ai visitatori per motivi professionali a fini di stabilimento, ai prestatori di servizi contrattuali, ai professionisti indipendenti, al personale trasferito all'interno di una stessa società (con specifico ed esclusivo riferimento ai dirigenti, al personale specializzato e ai dipendenti in tirocinio), nonché ai visitatori di breve durata per motivi professionali.

<sup>15</sup> In argomento cfr., *ex plurimis* A. LANG, *Problemi di attuazione dell'accordo di associazione UE-Regno Unito con riferimento alla mobilità delle persone fisiche*, in *EJ*, 2022, p. 47 ss.; ID., *Il movimento delle persone fisiche*, in G. ADINOLFI, A. MALATESTA, M. VELLANO (a cura di), *op. cit.*, p. 107 ss.; M. ORTINO, *La prestazione dei servizi, in particolare finanziari*, *ibidem*, p. 87 ss.; C. BARNARD, E. LEINARTE, *Mobility of persons in the new EU-UK relationship*, University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper n. 12, 2021.

<sup>16</sup> Il par. 2 dell'art. 158 del TCA dispone, in particolare, che «gli Organismi o le autorità professionali del settore di attività interessato nei rispettivi territori possono elaborare e trasmettere al consiglio di partenariato raccomandazioni comuni sul riconoscimento delle qualifiche professionali. Tali raccomandazioni comuni sono sostenute da una valutazione basata su dati concreti dei seguenti elementi: (a) il valore economico delle convenzioni previste in materia di riconoscimento delle qualifiche professionali; e (b) la compatibilità dei rispettivi regimi, ossia il livello di compatibilità delle prescrizioni applicate da ciascuna parte, ai fini dell'autorizzazione, del rilascio di licenze, dell'attività e della certificazione».

proprio titolo professionale sulla base delle regole nazionali del Paese ospitante.

Proprio in questi termini si è espressa, del resto, la Commissione sia attraverso il documento denominato “*Questions & Answers: EU-UK Trade and Cooperation Agreement*”<sup>17</sup>, sia nell’ambito della nota dell’8 settembre 2022 recante chiarimenti in merito a *Il riconoscimento nell’Unione europea delle qualifiche professionali acquisite nel Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*<sup>18</sup>. Con specifico riferimento al riconoscimento delle qualifiche professionali funzionale all’esercizio della libertà di stabilimento o alla prestazione di servizi, detta Nota puntualizza, infatti, che, allorché la domanda sia stata presentata successivamente alla fine del periodo transitorio, il riconoscimento segue le norme e le procedure nazionali, in quanto concernente titoli che devono considerarsi come rilasciati da Paesi terzi a favore di cittadini extra-UE<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Alla domanda «Does the Agreement provide for the recognition of professional qualifications?», il documento in discorso risponde che «As a member of the EU and the EU Single Market, UK nationals and EU citizens holding a qualification from the United Kingdom previously benefitted from a simplified – in some cases automatic – recognition regime in other EU countries, which allowed professionals such as doctors, nurses, dental practitioners, pharmacists, veterinary surgeons, lawyers, architects or engineers to supply services across the European Union, including the United Kingdom. As of 1 January, as a general rule, UK nationals, irrespective of where they acquired their qualifications, and EU citizens with qualifications acquired in the United Kingdom will need to have their qualifications recognized in the relevant Member State on the basis of each country’s existing individual rules applicable to the qualifications of third-country nationals as of the end of the transition period. The Trade and Cooperation Agreements nevertheless foresees a mechanism whereby the EU and the UK may later agree, on a case-by-case basis and for specific professions, on additional arrangements for the mutual recognition of certain professional qualifications». Il documento è reperibile al link [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda\\_20\\_2532](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_2532).

<sup>18</sup> Nota della Commissione dell’8 settembre 2022 all’attenzione del gruppo di coordinatori per il riconoscimento delle qualifiche professionali, *Il riconoscimento delle qualifiche professionali nell’Unione europea acquisito nel Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, reperibile al link [https://www.affarieuropei.gov.it/media/6861/brexit-note-on-the-recognition-in-the-european-union-of-professional-qualifications-acquired-in-the-uk\\_it.pdf](https://www.affarieuropei.gov.it/media/6861/brexit-note-on-the-recognition-in-the-european-union-of-professional-qualifications-acquired-in-the-uk_it.pdf).

<sup>19</sup> La Nota distingue, invero, a seconda che la fattispecie considerata: *i*) riguardi la prestazione temporanea ed occasionale di servizi ovvero lo stabilimento e, in tale ultimo caso, *ii*) a seconda che essa ricada o meno nel campo di applicazione dell’accordo sul recesso. In relazione *a*) alle ipotesi di stabilimento ricomprese nell’ambito di operatività dell’accordo di recesso (dipendente dall’esercizio, da parte dell’interessato, del diritto di soggiornare in uno Stato membro in conformità ad una delle libertà di circolazione sancite dai Trattati in epoca antecedente alla fine del periodo di transizione stabilito nell’accordo di recesso), il fattore determinante viene individuato nel momento della presentazione della domanda di ricono-

Ne consegue che, allo stato, il riconoscimento, nell'Unione europea, dei titoli professionali conseguiti nel Regno Unito è soggetto, al pari di quelli rilasciati in qualsiasi altro Paese terzo, alla disciplina nazionale vigente in ciascuno Stato membro e, in particolare, all'accertamento, da parte delle competenti autorità, dell'equivalenza dei requisiti ivi richiesti per l'esercizio della professione. In questi termini, il previo espletamento, davanti alle competenti autorità nazionali, delle procedure funzionali al riconoscimento delle qualifiche ottenute all'estero configura, quindi, una vera e propria *conditio sine qua non* per l'esercizio di attività regolamentate sul territorio UE.

4. *Un tentativo di coordinamento tra la necessità del previo riconoscimento delle qualifiche ed il diritto di partecipare alla gara*

Alla luce di quanto precede, il diritto, per gli operatori britannici, di partecipare a gare d'appalto indette presso uno Stato UE allorché venga prescritta la titolarità, in capo allo staff di cui ci si intende avvalere, di professionalità specifiche sembrerebbe doversi reputare subordinato *a)* all'(improbabile) impiego, a tal fine, di cittadini UE, ovvero *b)* al previo espletamento, da parte degli interessati, delle apposite procedure di riconoscimento delle qualifiche professionali previste dal diritto interno del Paese ospitante.

Non è secondario osservare che, in certi casi, il percorso delineato dal diritto nazionale dello Stato di esecuzione dell'appalto ai fini del riconoscimento dei titoli conseguiti all'estero può risultare particolarmente lungo ed incerto, in quanto potenzialmente subordinato a specifiche eccezioni ed a condizionamenti sotto forma, per esempio, di misure di compensazione. Non può sottovalutarsi, quindi, l'onerosità dell'obbligo, in base alla ricostruzione in esame, di farsi carico di tali procedure e il significativo ostacolo

scimento. In tal caso, in particolare, *i)* il riconoscimento delle qualifiche ottenuto prima della fine del periodo di transizione continua a produrre i propri effetti presso lo Stato ospitante; *ii)* alle domande di riconoscimento a tale epoca pendenti si applicano le disposizioni relative allo stabilimento di cui alla direttiva 2005/36, con l'obbligo, per gli Stati membri e le autorità del Regno Unito, di cooperare per facilitare l'esito positivo della procedura; *iii)* le domande presentate dopo la scadenza del periodo transitorio si considerano riguardanti qualifiche di Paesi terzi detenute da cittadini di Paesi terzi, di talché il riconoscimento «segue le norme e le procedure nazionali tenendo conto, se del caso, delle norme dell'ATC relative alla regolamentazione nazionale e al riconoscimento delle qualifiche professionali (articoli 146 e seguenti dell'ACT)». Analoga sorte è prevista con riguardo *b)* alle fattispecie non ricomprese nell'ambito di operatività dell'accordo di recesso ed alle ipotesi di prestazione temporanea ed occasione di servizi.

che ne deriva alla effettiva partecipazione di operatori britannici a gare d'appalto indette in uno Stato UE.

Pare, dunque, opportuno domandarsi se, nella prospettiva di non vanificare l'effetto utile delle sopra richiamate pattuizioni in materia di appalti pubblici, non sia possibile fondare sul divieto di discriminazione ivi sancito il diritto degli operatori stranieri di partecipare alle procedure di selezione indette in uno Stato membro a prescindere dal previo espletamento, da parte dei soggetti cui si intende demandare l'esecuzione dell'appalto, delle predette procedure di riconoscimento.

La prescrizione di assicurare agli operatori economici stranieri un trattamento non meno favorevole rispetto a quello accordato ai soggetti stabiliti nel territorio di esecuzione dell'appalto potrebbe, infatti, implicare l'obbligo di estendere ai primi le medesime regole sancite a livello UE in materia di riconoscimento delle qualifiche professionali, con conseguente attribuzione di portata e rilievo dirimente – in relazione alla prestazione meramente temporanea ed occasionale di servizi – al possesso, da parte dei professionisti di cui ci si intenda avvalere, dei titoli richiesti ai fini dell'esercizio della propria attività, ancorché conseguiti presso uno Stato diverso, secondo le summenzionate logiche dell'*home country control*.

A conclusioni analoghe potrebbe pervenirsi, peraltro, anche ipotizzando che dagli impegni alla parità di trattamento di cui trattasi discenda il divieto di imposizione di oneri più gravosi o discriminatori a carico del concorrente straniero. Assumendo che gli operatori economici tendano ad avvalersi, quanto meno in misura prevalente, di professionisti "connazionali" e che, in particolare, si siano formati nel medesimo Stato presso il quale il soggetto considerato ha sede, l'imposizione di limiti e di condizionamenti alla partecipazione alla procedura di selezione incentrati sull'esigenza, per poter partecipare alla procedura, di procurarsi un provvedimento di riconoscimento dei titoli professionali del personale che si intende impiegare nell'esecuzione dell'appalto potrebbe, infatti, configurare, come si è accennato, un inaccettabile ostacolo rispetto all'ammissibilità di offerte provenienti da operatori stranieri.

In quest'ottica, potrebbe sostenersi, dunque, che, in base alle pattuizioni in discorso, ciascuno Stato membro ha l'obbligo di ammettere alla partecipazione alle rispettive procedure di appalto gli operatori con sede nel Regno Unito che intendano avvalersi di professionisti di cittadinanza e formazione britannica sul solo presupposto che questi siano abilitati all'esercizio delle relative professioni presso l'ordinamento di appartenenza, senza poterne subordinare l'ammissione ad adempimenti ulteriori, pena la sostan-



ziale vanificazione dei summenzionati impegni in termini di non discriminazione dei fornitori stranieri.

Detta impostazione, per quanto suggestiva, si espone, nondimeno, a talune perplessità.

Un primo ordine di criticità attiene al necessario coordinamento tra le (apparentemente inconciliabili) pattuizioni contenute nel TCA in materia, da una parte, di appalti pubblici, e, dall'altra, di riconoscimento delle qualifiche professionali. Si rende necessario, in particolare, individuare un criterio che consenta di derogare, in relazione alle fattispecie in considerazione, al summenzionato rinvio dell'art. 158 TCA alle regole ed alle procedure previste a livello nazionale ai fini del riconoscimento dei titoli professionali rilasciati dalle competenti autorità nazionali dell'altro contraente.

Tali dubbi interpretativi potrebbero essere risolti, invero, configurando la disciplina ricavabile dai predetti impegni in materia di appalti come speciale – e, pertanto, destinata a prevalere in relazione a fattispecie quali quella in esame – rispetto a quella dettata in materia di riconoscimento delle qualifiche professionali, ipotizzando, in particolare, che quest'ultima sia destinata ad applicarsi con (specifico ed) esclusivo riferimento all'esercizio, da parte di soggetti abilitati a svolgere attività regolamentate, del proprio diritto di prestare servizi all'estero al di fuori di procedure di selezione pubblica. A sostegno di tale impostazione sembrerebbe, peraltro, possibile argomentare che, diversamente, la disciplina convenuta in materia di appalti poco aggiungerebbe rispetto a quella concernente la liberalizzazione dei servizi cui, in difetto delle pattuizioni in discorso, dovrebbe farsi riferimento, tenuto conto della previsione, anche in tale contesto, dell'obbligo di trattamento nazionale<sup>20</sup>.

Ad ulteriore conferma della ricostruzione qui suggerita parrebbe militare, del resto, anche la collocazione delle disposizioni concernenti le qualifiche professionali all'interno del titolo II della parte seconda dell'accordo, dedicato precipuamente a "Servizi e stabilimento", e l'assenza di richiami alla disciplina ivi contenuta nell'ambito degli impegni dettati, al titolo VI, in materia di appalti pubblici.

Anche ipotizzando la sostenibilità dell'impostazione appena descritta, non può sottacersi, ad ogni modo, l'esistenza di un ulteriore ordine di perplessità derivante dalla inidoneità degli impegni contenuti nel TCA<sup>21</sup> e

<sup>20</sup> Cfr., in particolare, gli artt. 129 e 137 del TCA.

<sup>21</sup> A decorrere dalla sentenza *Kupferberg* (Corte giust. 26 ottobre 1982, 104/81, punto 17) la Corte ha affermato la propria competenza a valutare, caso per caso, l'idoneità delle disposizioni contenute in accordi internazionali conclusi dall'Unione a produrre effetti diretti.

nell'AAP<sup>22</sup> a produrre effetti diretti, quale circostanza dalla quale discende, come è noto, l'impossibilità, per i soggetti privati, di far valere eventuali violazioni di tali accordi dinanzi ai giudici nazionali.

Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, il problema potrebbe, a ben vedere, reputarsi superato in virtù dell'art. 49 del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici applicabile *ratione temporis*)<sup>23</sup>, a mente del quale «nella misura in cui sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'AAP e dagli altri accordi internazionali a cui l'Unione è vincolata, le amministrazioni aggiudicatrici applicano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi, firmatari di tali accordi, un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del presente codice». Allorché si tratti di appalti ricompresi negli allegati dell'AAP o in un altro accordo internazionale di cui il Paese terzo sia parte (come, per esempio, il TCA), tale disposizione impone, infatti, alle stazioni appaltanti l'obbligo – discendente non per proprio vigore bensì per effetto del richiamo operato dalla norma interna – di ap-

Sull'idoneità degli accordi internazionali conclusi dall'Unione (e, in particolare, degli accordi di associazione) a produrre effetti diretti alle medesime condizioni sancite con riferimento al diritto primario dalla pronuncia *Van Gend en Loos* cfr. anche la sentenza *Demirel* (30 settembre 1987, 12/86). Ciascun accordo può, nondimeno, negare *tout court* tale idoneità. In quest'ottica, l'art. 5 del TCA (*diritti dei privati*) dispone che «fatto salvo l'articolo SSC.67 del Protocollo sul coordinamento della sicurezza sociale e a eccezione, per quanto riguarda l'Unione, della parte terza del presente accordo, nulla nel presente accordo o eventuale accordo integrativo dovrà interpretarsi in modo da conferire diritti o imporre obblighi a persone diversi dai diritti o dagli obblighi istituiti tra le parti in forza del diritto internazionale pubblico, né da consentire che il presente accordo o eventuale accordo integrativo sia direttamente invocato negli ordinamenti giuridici interni delle parti». In argomento, cfr., *ex plurimis*, G. M. RUOTOLO, *La tutela dei privati negli Accordi post-Brexit tra effetti diretti e indiretti: the Eternal Idol*, in G. ADINOLFI, A. MALATESTA, M. VELLANO (a cura di), *op. cit.*, p. 243 ss.

<sup>22</sup> Sulla nota inidoneità, salvo limitate eccezioni, degli accordi OMC a produrre effetti diretti nell'ordinamento UE, cfr., *ex plurimis*, G. M. RUOTOLO, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, Bari, 2017; C. DORDI (ed.), *The absence of direct effect of WTO in the EC and in other countries*, Torino, 2010; D. BONI, *Accordi OMC, norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, Milano, 2008.

<sup>23</sup> Analoga previsione è contenuta nell'ambito del d.lgs. n. 36/2023 che ha recentemente sostituito il previgente Codice dei contratti pubblici. L'art. 69 di tale strumento normativo dispone, infatti, che «Se sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) e dagli altri accordi internazionali a cui l'Unione è vincolata, le stazioni appaltanti applicano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del codice».

plicare ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici stranieri un trattamento non meno favorevole rispetto a quello dettato dal Codice dei Contratti Pubblici con riguardo agli operatori italiani o appartenenti ad altri Stati membri dell'Unione europea<sup>24</sup>.

Alla luce di quanto precede, la violazione del principio di non discriminazione qui ipotizzata potrebbe, quindi, essere riferita, con specifico riguardo ai rapporti con l'Italia, ad una norma di diritto interno che espressamente richiama gli impegni assunti dalle parti a livello internazionale in relazione ai profili di cui trattasi.

Ad analoghe conclusioni parrebbe potersi pervenire, ad ogni modo, a prescindere da tale disposizione (e, dunque, anche al di fuori dell'Italia), in applicazione dell'art. 25 della direttiva 2014/24, ipotizzando l'idoneità del relativo precetto a produrre effetti diretti negli ordinamenti degli Stati membri, in quanto obiettivamente chiaro, preciso ed incondizionato<sup>25</sup>. Tale disposizione stabilisce, infatti – attraverso prescrizioni dal contenuto sostanzialmente analogo al summenzionato art. 49 del d.lgs. n. 50/2016<sup>26</sup> – che

<sup>24</sup> Tale disposizione costituisce espressione, secondo quanto evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, del principio di reciprocità. Con riferimento alla (analogha) disciplina contenuta nel previgente d.lgs. n. 163/2006, la giurisprudenza italiana ha avuto modo di precisare, in particolare, che è «indubitabile che il tenore della norma in esame postuli un concetto di reciprocità da intendersi in senso strettamente giuridico, e non fattuale, quale vincolo normativo e giuridico per i Paesi esteri di appartenenza delle imprese straniere che intendono partecipare alle gare italiane, di garantire e riconoscere un trattamento analogo a quello di cui si intende beneficiare in Italia, dovendo per l'effetto tale reciprocità essere sicura e garantita, in quanto basata su precise fonti normative vincolanti gli ordinamenti statali» (così, in particolare, la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione I-bis, 16 dicembre 2008, n. 11405).

<sup>25</sup> Sull'idoneità delle disposizioni contenute all'interno di direttive a produrre effetti diretti, una volta scaduto il termine per il relativo recepimento, alle condizioni sancite dalla giurisprudenza *Van Gend & Loos*, cfr., *ex plurimis*, le sentenze della Corte *Van Duyn* (4 dicembre 1974, 41/74), *Carpaneto Piacentino* (17 ottobre 1989, 231/87 e 129/88,) e *Fantask* (2 dicembre 1997, C-188/95). Non vi è dubbio, peraltro, che in relazione a fattispecie quali quelle qui in considerazione verrebbero in rilievo i soli effetti diretti c.d. verticali della direttiva di cui trattasi, in conformità alle limitazioni in tal senso ricavabili dalla giurisprudenza della Corte fin dai noti casi *Ratti* (5 aprile 1979, 148/78) e *Faccini Dori* (14 luglio 1994, C-91/92).

<sup>26</sup> Non è secondario rammentare che il d.lgs. n. 50/2016 era teso a dare attuazione, nell'ordinamento italiano, alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali. Proprio la sostanziale identità di contenuto tra il disposto dell'art. 49 del d.lgs. n. 50/2016 e quello dell'art. 25 della direttiva 2014/24 potrebbe assurgere ad indice sintomatico dell'idoneità del precetto contenuto nella norma da ultimo citata a produrre effetti diretti, quale conferma

«nella misura in cui sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'AAP e dagli altri accordi internazionali a cui l'Unione è vincolata, le amministrazioni aggiudicatrici accordano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dell'Unione»<sup>27</sup>.

Sulla scorta di tale impostazione, l'obbligo, in capo alle stazioni appaltanti di ciascuno Stato membro, di assoggettare gli operatori extra-UE ad un trattamento non meno favorevole rispetto a quello riservato ai fornitori UE potrebbe, quindi, fondarsi su una disposizione contenuta in una direttiva suscettibile di produrre effetti diretti negli ordinamenti nazionali, così ovviando alle criticità testé evidenziate.

Ciò posto in merito alla astratta possibilità di fare riferimento, ai fini della risoluzione delle questioni di cui trattasi, al divieto di discriminazione derivante dai summenzionati impegni assunti dalle parti a livello internazionale in materia di appalti, occorre soffermarsi, infine, sull'idoneità di tale conclusione a fondare, in maniera generalizzata, il diritto degli operatori con sede nel Regno Unito di partecipare alle gare d'appalto indette da uno Stato membro impiegando professionisti di cittadinanza e formazione britannica, pur in difetto di un apposito provvedimento di riconoscimento delle relative qualifiche ad opera delle competenti autorità nazionali.

Cruciale, in questa prospettiva, è l'individuazione, quale parametro di raffronto cui uniformare il trattamento da riservarsi agli operatori stranieri,

dell'insussistenza di alcuna esigenza di subordinarne l'efficacia all'emanazione di un provvedimento di diritto interno.

<sup>27</sup> Pare opportuno dare conto, per completezza, della recente introduzione del regolamento (UE) 2022/1031 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2022, relativo all'accesso di operatori economici, beni e servizi di Paesi terzi ai mercati degli appalti pubblici e delle concessioni dell'Unione e alle procedure a sostegno dei negoziati sull'accesso di operatori economici, beni e servizi dell'Unione ai mercati degli appalti pubblici e delle concessioni dei Paesi terzi (c.d. strumento per gli appalti internazionali (IPI)). Tale strumento si applica, segnatamente, alle offerte, ai beni ed ai servizi provenienti da Paesi terzi che – diversamente dal Regno Unito – non abbiano stipulato con l'Unione europea accordi in materia di appalti pubblici né recanti impegni ad aprire i relativi mercati ed è teso, principalmente, ad assicurare maggiore reciprocità all'accesso delle imprese UE agli appalti esteri. In argomento, cfr., *ex plurimis*, K. DAWAR, *The EU 2022 International Procurement Regulation Enters in to Force Reciprocity*, in *Journal of World Trade*, 2023, p. 139 ss.; C. GAMBINO, *Operatori di Stati terzi e accesso agli appalti pubblici dell'Unione: la stretta del regolamento (UE) n. 2022/1031*, in A. D'ANGELO, V. ROPPO (a cura di), *Annuario del Contratto 2022*, Torino, 2023, p. 437 ss.

del regime di riconoscimento delle qualifiche professionali di cui fruiscono i cittadini UE. Al riguardo, non può trascurarsi che, in base al diritto UE, il principio del reciproco riconoscimento delle qualifiche professionali opera in materia di appalti alle medesime condizioni ed entro i medesimi limiti previsti in relazione all'esercizio delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi<sup>28</sup>. Pare, pertanto, imprescindibile il riferimento, in relazione alle fattispecie che vengano in rilievo nel contesto di una procedura di selezione pubblica, alla disciplina contenuta nella summenzionata direttiva 2005/36.

È, quindi, decisivo osservare che l'operatività del meccanismo di riconoscimento automatico delineato dalla direttiva 2005/36 è circoscritta a fattispecie ed a professioni limitate, corrispondenti, segnatamente *i*) alle ipotesi in cui ci si intenda avvalere dei titoli conseguiti all'estero ai fini dell'esercizio presso un altro Stato membro della libertà di prestazione dei servizi, nonché *ii*) alle professioni rispetto alle quali si sia provveduto ad un'armonizzazione, a livello UE, dei percorsi formativi. Al di fuori di tali circostanze, permane, invece, l'esigenza di espletare, ai fini del riconoscimento, le procedure all'uopo delineate dal diritto nazionale.

Alla luce di quanto precede, l'applicabilità dei ragionamenti dianzi descritti risulta condizionata *a*) dal tipo di competenze necessarie ai fini dell'esecuzione dell'appalto, nonché *b*) dall'oggetto della procedura di gara, dovendosi distinguere, per quel che concerne le professioni soggette al regime generale della direttiva 2005/36, a seconda che la fornitura considerata sia riconducibile, in base ai criteri propri del diritto UE, alla libertà di prestazioni di servizi anziché a quella di stabilimento, pena il rischio di assoggettare gli operatori economici extra-UE ad un trattamento più favorevole rispetto a quello riservato ai soggetti UE.

In base a tale impostazione, il riconoscimento automatico delle qualifiche professionali conseguite da cittadini britannici nel Regno Unito potrebbe invocarsi solo allorché la gara abbia ad oggetto prestazioni di carattere meramente occasionale e temporaneo (in quanto circoscritte, per esempio, alla realizzazione di una singola e specifica opera); a conclusioni opposte parrebbe, invece, doversi pervenire con riferimento alla fornitura di presta-

<sup>28</sup> Inequivoco, in tal senso, è il contenuto del considerando n. 42 della direttiva 2004/18 (direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi), il quale precisava, in particolare, che «le norme comunitarie in materia di reciproco riconoscimento di diplomi, certificati e altri documenti atti a comprovare una qualifica formale sono applicabili quando si esiga la prova del possesso di una particolare qualifica per partecipare a una procedura d'appalto o a un concorso di progettazione».

zioni di tipo continuativo da reiterarsi periodicamente per un lasso di tempo non trascurabile, non potendosi prescindere, in tal caso, dall'espletamento delle apposite procedure di riconoscimento previste a livello nazionale, alla stregua di quanto previsto dalla direttiva 2005/36 in relazione alle fattispecie riconducibili all'esercizio della libertà di stabilimento.

È argomentabile, ad ogni modo, che, al di fuori delle ipotesi di riconoscimento automatico, possano, quanto meno, trovare applicazione, in virtù del summenzionato principio di non discriminazione, gli obblighi di puntuale raffronto tra le competenze attestate dai titoli conseguiti all'estero, da un lato, e le conoscenze e le qualifiche richieste dalle norme nazionali, dall'altro lato, sanciti, con specifico riferimento ai rapporti tra Stati membri, dalla nota giurisprudenza *Vlassopoulou*<sup>29</sup>.

##### 5. *Considerazioni conclusive*

La portata degli interessi in gioco induce a ritenere che le criticità dianzi descritte siano inevitabilmente destinate a venire in rilievo nel contesto di procedure di selezione pubblica indette presso uno Stato membro e che, pertanto, la Corte di giustizia possa essere presto chiamata a pronunciarsi al riguardo.

Alla luce della disamina dianzi svolta, non pare potersi escludere *a priori* che, ove specificamente interpellata in tal senso, la Corte pervenga alla conclusione che il divieto di discriminazione sancito dalle summenzionate pattuizioni in materia di appalti comporti l'obbligo, per le stazioni appaltanti UE, di ammettere alle proprie gare anche fornitori britannici a prescindere dal previo espletamento, da parte dei soggetti di cui questi intendano avvalersi per l'esecuzione delle prestazioni richieste, delle procedure di riconoscimento previste a livello nazionale in relazione alle qualifiche professionali conseguite all'estero. Ciò, beninteso, ferme la complessità e l'incertezza dei ragionamenti che, come visto, potrebbero essere adottati a fondamento di siffatte conclusioni.

Di qui, l'interrogativo di particolare interesse nella prospettiva del diritto UE, (i) se la Corte addiverrebbe al medesimo esito interpretativo testé prospettato e, nel caso, sulla scorta di quali norme e strumenti ermeneutici, ovvero (ii) se le perplessità di cui pure si è dato conto anche alla luce della rilevante giurisprudenza della stessa Corte potrebbero indurla a una pronuncia di segno opposto.

<sup>29</sup> Corte giust. 7 maggio 1991, C-340/89.

### **Abstract (ita)**

L'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione (*Trade and Cooperation Agreement, TCA*) che, a seguito della *Brexit*, è chiamato a regolare i rapporti tra Unione europea e Regno Unito si occupa di un'ampia gamma di settori, tra cui gli appalti pubblici. Il TCA contiene, infatti, specifiche disposizioni al riguardo, il cui intento è assicurare che le imprese UE possano partecipare, a condizioni di parità con gli operatori britannici, alle gare bandite nel Regno Unito, e viceversa.

Il carattere parziale ed incompleto dell'Accordo sembrerebbe, tuttavia, destinato a far sorgere non trascurabili difficoltà in sede di applicazione. Particolarmente significative, in questo senso, si rivelano le pattuizioni concernenti la mobilità delle persone e, nello specifico, il riconoscimento delle qualifiche professionali. L'assenza, segnatamente, di una compiuta disciplina volta a favorire il reciproco riconoscimento delle qualifiche professionali è suscettibile, infatti, di ostacolare la realizzazione degli obiettivi sottesi alle summenzionate pattuizioni sugli appalti pubblici.

Nell'ambito del presente lavoro, quindi, premessa una breve disamina degli impegni reciprocamente assunti dalle parti in materia di appalti pubblici ed una ricognizione del regime di riconoscimento delle qualifiche professionali applicabile ai rapporti di cui trattasi, ci si soffermerà sui potenziali riflessi delle predette lacune sull'operatività, in concreto, delle pattuizioni in materia di appalti pubblici, nell'ottica, infine, di esplorare la percorribilità ed i limiti di una soluzione interpretativa volta a preservare l'effetto utile di tale disciplina.

### **Abstract (eng)**

The Trade and Cooperation Agreement (TCA) which, following Brexit, regulates the relations between the EU and the UK, covers a wide range of areas and topics, including public procurement. The TCA contains, in fact, specific provisions in this regard, whose purpose is to ensure that EU companies can participate, on an equal footing with British operators, to tenders launched in the UK, and vice versa.

The partial and incomplete nature of the Agreement, however, is likely to give rise to significant difficulties in its application. Particularly relevant, in this perspective, are the clauses of the Agreement concerning the mobility



of persons and, more specifically, the recognition of professional qualifications. As a matter of fact, the absence of a comprehensive regulation aimed at fostering the mutual recognition of professional qualifications might hinder the achievement of the objectives underlying the aforementioned arrangements concerning public procurement.

This paper, therefore, after a brief examination of the commitments entered into by the parties in the field of public contracts as well as an overview of the regime applicable to the recognition of professional qualifications, will focus on the potential effects of the aforementioned shortcomings on the operation of the Agreement in the field of public contracts, with a view to exploring the feasibility and limits of an interpretative solution of such rules aimed at preserving their '*effet utile*'.



IL PRINCIPIO DI MUTUO RICONOSCIMENTO NELL'AMBITO  
DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE:  
LE CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ DELL'ORDINE EUROPEO DI  
INDAGINE PENALE

**Francesco Liguori\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La direttiva 2014/41/UE e la disciplina dell'OEI. – 3. Il rinvio pregiudiziale disposto dal Staatsanwaltschaft Berlin e le conclusioni dell'AG Ćapeta. – 3.1. Le prime due questioni pregiudiziali. – 3.2. L'operatività delle condizioni di proporzionalità ed equivalenza. – 4. Considerazioni finali.

1. *Introduzione*

Il principio di mutuo riconoscimento è lo strumento cardine delle forme di cooperazione previste all'interno dell'ordinamento dell'Unione in quanto mezzo ideale per la realizzazione di una corretta e uniforme integrazione europea<sup>1</sup>.

La cooperazione tra gli Stati membri si fonda proprio su tale principio poiché esso è idoneo a regolare i numerosi settori eterogenei disciplinati dal diritto dell'Unione, tra cui, in particolare, il funzionamento del mercato interno e perciò la libera circolazione delle quattro libertà fondamentali.

Nell'ultimo ventennio, l'ambito di applicazione del principio di mutuo riconoscimento si è ulteriormente esteso fino a ricomprendere anche la cooperazione giudiziaria in materia penale e così interessare persino la circo-

\* Dottorando di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

<sup>1</sup> Principio elaborato dalla Corte di giustizia nella definizione della nozione di misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative all'importazione, a partire da *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Corte giust. 20 febbraio 1979, 120/78). Nell'ambito della cooperazione giudiziaria, tale principio è stato consacrato a chiave di volta del funzionamento dell'Unione in materia di giustizia, nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, del 15 e 16 ottobre 1999, come si può evincere dal punto 33, secondo cui «il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze ed 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».

lazione dei soggetti sottoposti a misure restrittive della libertà personale<sup>2</sup>, nonché, più di recente, la circolazione degli esiti delle attività investigative condotte nei singoli Stati membri<sup>3</sup>.

Proprio con riferimento alla cooperazione nella gestione dei risultati probatori acquisiti, o da acquisire, nei singoli procedimenti nazionali, la direttiva 2014/41/UE (d'ora in avanti direttiva OEI) si è prefissata l'obiettivo di istituire un meccanismo, l'ordine europeo di indagine (d'ora in avanti OEI), volto a semplificare il previgente sistema di trasferimento delle prove rappresentato dal mandato europeo di ricerca della prova<sup>4</sup>.

L'ordine europeo di indagine, che ha come base giuridica l'art. 82 TFUE, nasce perciò dall'esigenza di agevolare la cooperazione tra autorità giurisdizionali nazionali in fase di acquisizione e trasferimento dei risultati probatori appresi nei rispettivi ordinamenti, in conformità con il principio di mutuo riconoscimento. Difatti, l'OEI dà vita a un sistema investigativo unitario che coniuga in sé proprio il rispetto per tale principio e l'ordinario regime di assistenza giudiziaria<sup>5</sup>.

L'assetto normativo della direttiva conferma questa impostazione, così

<sup>2</sup> È il caso della 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.

<sup>3</sup> Il riferimento è alla decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali; nonché alla direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale.

<sup>4</sup> Come si evince dai considerando nn. 4 e 5 della direttiva 2014/41/UE, cit. Sul punto, L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. BENE, L. LUPARIA, L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Torino, 2016, p. 10, secondo cui l'OEI è stato istituito proprio con l'intento di «superare la frammentarietà del quadro normativo esistente in materia probatoria e dare maggiore impulso alla prospettiva del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie». Peraltro, è bene ricordare che l'OEI nasce anche al fine di rafforzare la cooperazione tra gli Stati membri nell'acquisizione delle prove e fornire così una valida alternativa al sistema di tipo rogatorio, così come correttamente sottolineato da R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Padova, 2017.

<sup>5</sup> È la formulazione dello stesso art. 82, par. 1, TFUE che rivela la centralità del mutuo riconoscimento, posto che «La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie [...]», e l'OEI è, ai sensi dell'art. 1, della direttiva 2014/41/UE, proprio una «decisione giudiziaria».

come si evince dai relativi considerando<sup>6</sup>, e dall'art. 1, par. 2, della stessa<sup>7</sup>. Infatti, il principio di mutuo riconoscimento guida la cooperazione tra Stati membri e più precisamente impone alle rispettive autorità giurisdizionali di collaborare fra loro accettando gli atti fondati da autorità di altri Paesi sulla base del proprio diritto nazionale. Di qui, l'istituzione di un meccanismo di poteri sovrani ed esclusivi che devono però dialogare e riconoscersi mutuamente: da un lato, il potere dell'autorità giurisdizionale di emissione di valutare e accertare le condizioni di ammissibilità e quindi di trasferimento di un OEI; dall'altro, il potere dell'autorità giurisdizionale di esecuzione di eseguire gli atti di indagine richiesti seguendo la disciplina prevista dal proprio ordinamento<sup>8</sup>.

L'ordinario funzionamento del meccanismo appena descritto può tutta-

<sup>6</sup> Il riferimento è ai considerando nn. 2, 3, 6, della direttiva 2014/41/UE, cit.

<sup>7</sup> Secondo cui: «Gli Stati membri eseguono un OEI in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alla presente direttiva».

<sup>8</sup> Sul principio di mutuo riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, si segnalano, senza pretesa di esaustività, A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo. Modello europeo e statunitense a confronto*, Milano, 2007, p. 67; S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, p. 693; C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in S. CARBONE, M. CHIAVARIO (a cura di), *Cooperazione giudiziaria civile e penale nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, p. 1; E. APRILE, F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano 2009, p. 20; O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, *Processo penale e giustizia europea*. Omaggio a Giovanni Conso, Atti del Convegno, Torino, 26-27 settembre 2008, Milano 2010, p. 151; N. PARISI, *Riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali, confiance mutuelle e armonizzazione delle garanzie procedurali negli Stati membri dell'Unione europea*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, D. RINOLDI, A. SANTINI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 503; G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. KALB (a cura di), *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano*, Torino, 2012, p. 513; D. HELENIUS, *Mutual Recognition in Criminal Matters and the Principle of Proportionality. Effective Proportionality or Proportionate effectiveness?*, in *NJECL*, vol. 5, n. 3, 2014, p. 350; M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Processo penale e giustizia*, n. 3, 2015, p. 6; J. R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 277; M. DANIELE, R. E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Torino, 2018; M. CASTELLANETA, *Ordine europeo di indagine, può essere emesso anche dalla procura di uno Stato membro*, in *Guida al diritto*, n. 3, 2021, p. 112 ss.

via entrare in crisi laddove l'OEI venga adoperato al di là dei limiti previsti dalla normativa stabilita dalla direttiva. In questi casi, è compito delle singole autorità giurisdizionali nazionali prima, e della Corte di giustizia poi, rilevare le anomalie e tentare di porvi rimedio.

Il presente lavoro intende esaminare una fattispecie concreta di inesatta applicazione della disciplina prevista dalla direttiva, vale a dire il caso in cui l'autorità giurisdizionale di emissione non rispetti i criteri di proporzionalità ed equivalenza di cui all'art. 6, par. 1, che la direttiva stessa stabilisce come limiti del principio di mutuo riconoscimento.

L'esame di una simile eventualità patologica deve essere condotto tenendo conto di quanto è di recente accaduto nella prassi, nell'ambito di un caso sottoposto in via pregiudiziale all'attenzione della Corte di giustizia e tuttora pendente dinanzi a essa<sup>9</sup>.

Lo scopo ultimo di questo studio è quello di esaminare uno dei nodi cruciali della procedura descritta dalla direttiva OEI, e cioè la valutazione delle condizioni di ammissibilità che ciascuna autorità di emissione deve verificare prima di trasmettere un OEI. In particolare, sia dal testo della direttiva che dalla successiva applicazione giurisprudenziale della stessa, non è chiaro se l'accertamento che l'autorità di emissione deve compiere ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. a) e lett. b), della direttiva, vale a dire la verifica dei requisiti di proporzionalità ed equivalenza, debba riguardare solamente l'atto di indagine richiesto, in quanto tale, oppure debba tener conto anche delle specifiche modalità investigative che lo Stato di esecuzione ha già espletato o dovrà espletare a seguito della trasmissione dell'OEI.

A tal fine, è sembrato opportuno suddividere la trattazione in due parti: la prima sezione sarà dedicata all'analisi della disciplina stabilita dalla direttiva e delle problematiche che tale assetto normativo può causare in astratto; mentre la seconda sarà tesa a esaminare le questioni che un simile strumento solleva in concreto, avendo specifico riguardo a quelle risultanti dal rinvio pregiudiziale disposto dal Staatsanwaltschaft Berlin. Più in particolare, nel corso della seconda parte, il presente lavoro tenterà, da un lato, di evidenziare il limite della valutazione delle condizioni di cui all'art. 6, par. 1, della direttiva, alla luce delle conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta<sup>10</sup>, e dall'altro, di individuare i possibili correttivi che verosimilmente la Corte di giustizia adotterà in sede pregiudiziale per perfezionare il funzionamento di tale strumento di cooperazione giudiziaria.

<sup>9</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, del 26 ottobre 2023, C-670/22, *Staatsanwaltschaft Berlin* (EncroChat).

<sup>10</sup> *Ibidem*.

## 2. *La direttiva 2014/41/UE e la disciplina dell'OEI*

Come suggerisce l'art. 1 della direttiva 2014/41/UE, «l'ordine europeo di indagine è una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un autorità competente di uno Stato membro (lo Stato di emissione) per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (lo Stato d'esecuzione) ai fini di acquisire prove [...]» e «[...] per ottenere prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione».

La direttiva distingue dunque due diverse fasi della cooperazione, una attiva, che vede partecipare l'autorità dello Stato di emissione, e una passiva<sup>11</sup>, in cui è coinvolta l'autorità giurisdizionale dello Stato di esecuzione. Ambedue le fasi sono disciplinate dal principio di mutuo riconoscimento.

In particolare, ai sensi dell'art. 2, par. 1, della direttiva, per individuare l'autorità giurisdizionale competente ad emettere l'OEI è necessario tenere conto della tipologia dell'atto investigativo richiesto: infatti, la competenza si fonda sulla base del diritto dello Stato di emissione. Ciò vuol dire che l'OEI può essere emesso a condizione che l'autorità giurisdizionale emittente possa, secondo il proprio ordinamento, compiere l'atto o gli atti di indagine richiesti nel caso interessato.

L'autorità di esecuzione, in questa fase, non può in alcun modo contestare la competenza dell'organo dello Stato di emissione e quindi non può astenersi dal riconoscere o dall'eseguire l'OEI<sup>12</sup>.

Lo stesso vale anche per la definizione di ciò che può essere richiesto tramite un OEI: l'autorità giurisdizionale di emissione può chiedere uno o più atti di indagine purché siano previsti dal proprio ordinamento, e non può in alcun modo contestare la legittimità delle modalità attraverso cui tali attività vengono effettuate dall'autorità di esecuzione. Quest'ultima, da parte sua, deve eseguire quanto richiesto nell'OEI senza poter eccepire la circostanza che gli atti investigativi ivi indicati non avrebbero potuto essere effettuati all'interno dello Stato di emissione. Tutt'al più, l'autorità di esecuzione può scegliere di non eseguire l'atto o gli atti di indagine richiesti, e ricorrere ad uno o più atti alternativi, se quanto richiesto non è previsto dal

<sup>11</sup> Per un approfondimento sulla fase passiva della procedura, P. SPAGNOLO, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, in M. R. MARCHETTI, E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, Milano, 2019, p. 289.

<sup>12</sup> Viceversa, l'autorità dello Stato di emissione non può sindacare la competenza giurisdizionale dell'autorità dello Stato di esecuzione.



proprio ordinamento o se non è disponibile in un caso interno analogo<sup>13</sup>. In alternativa, lo Stato di esecuzione può anche addurre i motivi di non riconoscimento e di non esecuzione di cui all'art. 11 della direttiva e non dar seguito all'OEI<sup>14</sup>.

Nel caso in cui sorgano questioni concernenti le ragioni di merito dell'emissione OEI, l'art. 14, par. 2, della direttiva 2014/41/UE precisa che spetta allo Stato di emissione prestare adeguata tutela, fatte salve le garanzie di diritti fondamentali che i soggetti indagati o imputati possono far valere nello Stato di esecuzione<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Si tratta della disciplina stabilita dall'art. 10 della direttiva OEI. Sulla possibilità di ricorrere ad atti investigativi alternativi rispetto a quello richiesto nell'OEI, si veda I. ARMADA, *The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence. Is a fundamental Rights-Based Refusal the Solution?*, in *NJECL*, vol. 6, n. 1, 2015, p. 19, secondo cui «recourse to a different measure is [...] merely optional when the alternative method leads to the same result by less intrusive means»; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Archivio penale*, n. 2, 2017, p. 675 ss.

<sup>14</sup> Tra i motivi di non riconoscimento e di non esecuzione, si segnala, in particolare, quello previsto ai sensi dell'art. 11, par. 1, lett. f), in virtù del quale l'autorità di esecuzione può non dare attuazione all'OEI laddove sussistano «[...] seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto nell'OEI sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e della Carta». Sul punto, si veda A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in M. DANIELE, R. E. KOSTORIS (a cura di), *op. cit.*, p. 118 ss.; R. E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cassazione penale*, 2018, p. 1441 ss.

<sup>15</sup> Preme, tuttavia, segnalare che si danno casi in cui la disciplina processual-penalista di uno Stato membro potrebbe impedire a degli individui residenti in un diverso Paese dell'Unione di contestare in tale Stato membro la legittimità del procedimento di acquisizione di uno specifico esito probatorio. È quanto si verifica, ad esempio, nell'ordinamento francese, dal momento che solo degli individui direttamente coinvolti in un procedimento penale condotto in Francia possono adire il giudice competente e far valere i vizi relativi alla fase di raccolta della prova. Pertanto, laddove un'attività investigativa francese coinvolga solo indirettamente un cittadino di un diverso Stato membro, quest'ultimo non potrebbe ricorrere dinnanzi alle autorità giurisdizionali francesi, in quanto il relativo ricorso verrebbe verosimilmente dichiarato inammissibile. Per un approfondimento sul tema delle impugnazioni, E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, in M. DANIELE, R. E. KOSTORIS (a cura di), *op. cit.*, p. 175 ss. Inoltre, è bene anche evidenziare che sono attualmente pendenti dinnanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo due ricorsi contro l'utilizzo di dati di EncroChat provenienti dalla Francia presso organi giurisdizionali del Regno Unito. Il riferimento è alle cause Corte EDU, ric. n. 44715/20, *A.L./Francia*, e n. 47930/21, *E.J./Francia*. Oggetto dell'accertamento della Corte è, tra le varie questioni, anche comprendere se gli individui in questione abbiano avuto la possibilità di contestare le misure di intercettazione disposte nei loro confronti dinnanzi ai giudici francesi competenti.

Lo schema di cooperazione delineato dalla direttiva, per come finora illustrato, non sembra dar luogo a particolari incertezze applicative. In realtà, un possibile ostacolo al corretto funzionamento di tale meccanismo di cooperazione si manifesta se si considera la disciplina delle condizioni di emissione dell'OEI prevista all'art. 6, par. 1. Questa disposizione impone all'autorità dello Stato di emissione di compiere una valutazione in merito all'atto o agli atti investigativi contenuti nell'OEI prima di trasmetterlo. Segnatamente: a) deve trattarsi di un'attività di indagine necessaria e proporzionata ai fini del procedimento, tenendo conto dei diritti delle persone indagate o imputate<sup>16</sup>, e b) è necessario che gli atti richiesti mediante l'OEI avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo<sup>17</sup>.

Il controllo del rispetto di tali due condizioni è rimesso, in primo luogo, all'autorità giurisdizionale di emissione che prima di trasmettere deve accertare che esse siano integrate<sup>18</sup>; in secondo luogo, all'autorità giurisdizionale di esecuzione, ai sensi dell'art. 6, par. 3, della direttiva, sebbene quest'ultima disponga di un mero potere di consultazione, potendosi limitare a segnalare all'autorità di emissione la sussistenza di ragioni a sostegno del mancato

<sup>16</sup> Sul rispetto della condizione di proporzionalità di cui all'art. 6, par. 1, lett. a), della direttiva OEI, si veda, *ex multis*, C. HEARD, D. MANSSELL, *The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence-Gathering in EU Cross-Border Cases*, in *NJECL*, vol. 2, n. 4, 2011, p. 359; F. ZIMMERMAN, S. GLASER, A. MOTZ, *Mutual Recognition and Its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal Proceedings: A Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order*, in *European Criminal Law Review*, vol. 1, n. 1, 2011, p. 79; L. BACHMAIER WINTER, *The Role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2013, p. 91; D. HELENIUS, *op. cit.*; S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality*, in S. RUGGERI (ed.), *op. cit.*, pp. 61 e 62; M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in M. DANIELE, R. E. KOSTORIS (a cura di), *op. cit.*, p. 59; E. XANTHOPOULOU, *Fundamental Rights and Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice: A Role for Proportionality?*, London, 2020; L. SCOMPARIN, A. CABIALE, *The Proportionality Test in Directive 2014/41/EU: Present and Future of a Fundamental Principle*, in *EJ*, n. 2, 2022, p. 72.

<sup>17</sup> Sul rispetto del principio di equivalenza, L. MARAFIOTI, *op. cit.*; M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 469.

<sup>18</sup> Infatti, ai sensi dell'art. 6, par. 1, della direttiva OEI, l'accertamento preventivo del rispetto delle due condizioni ivi indicate spetta all'autorità giurisdizionale di emissione, la quale «[...] può emettere un OEI solamente quando ritiene soddisfatte le seguenti condizioni [...]».

rispetto delle condizioni di cui al paragrafo primo; e in terzo luogo, ai sensi dell'art. 14, par. 2, della direttiva, al controllo giurisdizionale delle autorità del Paese di emissione.

Affinché il controllo del rispetto delle condizioni di cui all'art. 6, par. 1, della direttiva OEI sia effettivo, sembrerebbe possibile ritenere che la verifica della proporzionalità e della equivalenza (o analogia) debba interessare non solo lo specifico atto di indagine richiesto in sé considerato, ma anche e soprattutto le modalità attraverso cui tale strumento viene concretamente impiegato nello Stato di esecuzione. In altre parole, l'autorità di emissione non dovrebbe solo accertare che il mezzo di ricerca della prova richiesto, in quanto tale, sia proporzionato rispetto al procedimento interno e se questo avrebbe potuto essere utilizzato in un caso interno analogo, bensì dovrebbe chiedersi se le modalità acquisitive previste per quell'atto investigativo, nello Stato di esecuzione, siano proporzionate, e, soprattutto, se siano replicabili in un caso interno analogo.

Peraltro, è bene sottolineare che la valutazione di cui all'art. 6, par. 1, della direttiva varia a seconda che l'autorità dello Stato di emissione richieda il compimento di uno o più atti di indagine da parte dell'autorità di esecuzione, oppure il trasferimento di prove già in possesso di quest'ultima<sup>19</sup>. Nel primo caso, infatti, il giudizio è ipotetico e prognostico, dal momento che l'autorità giurisdizionale di emissione deve tener conto della proporzionalità e dell'equivalenza rispetto ad un'attività investigativa che l'autorità giurisdizionale di esecuzione deve ancora eseguire.

Nel secondo caso, invece, il controllo delle due condizioni è di tipo ipotetico ma al contempo fondato sulla valutazione di indagini già compiute dall'autorità giurisdizionale di esecuzione. In questa seconda ipotesi, quindi, l'autorità di emissione è a conoscenza delle modalità attraverso cui una data prova si è formata nel diverso procedimento straniero. Questo perché, in una simile circostanza, l'oggetto dell'OEI non è il compimento di uno o più atti di indagine e il conseguente trasferimento degli esiti di tale attività, bensì l'ottenimento dei risultati probatori derivanti da atti investigativi che l'autorità giurisdizionale di esecuzione ha effettuato indipendentemente dalla richiesta postuma sopraggiunta dallo Stato di emissione. In questa ipotesi, perciò, l'autorità di emissione ha il potere di acquisire delle prove, da utilizzare successivamente nel proprio procedimento nazionale, che si sono formate secondo le dispo-

<sup>19</sup> Il paragrafo terzo dell'art. 6 della direttiva OEI non differenzia le due fattispecie, imponendo all'autorità di emissione di valutare la sussistenza delle due condizioni di ammissibilità dell'OEI in ambedue i casi.

sizioni processuali di un altro Stato membro e alla luce delle garanzie individuate dall'ordinamento di quest'ultimo.

Il mutuo riconoscimento impone all'autorità di emissione di accettare tali esiti probatori senza la possibilità di rilevare il carattere illegittimo della procedura di acquisizione eseguita nello Stato di esecuzione. Tuttavia, in questa particolare fattispecie sorge un problema che la direttiva non sembra disciplinare direttamente: occorre cioè capire se l'autorità giurisdizionale di emissione possa richiedere il trasferimento di prove che siano state previamente ottenute nello Stato di esecuzione attraverso modalità investigative che, secondo il diritto dello Stato di emissione non sarebbero state validamente ammesse. Infatti, il principio di mutuo riconoscimento si limita a vietare all'autorità giurisdizionale di emissione di sindacare la legittimità del procedimento di formazione della prova nello Stato di esecuzione, il che tuttavia non equivale a conferirgli il potere di derogare a quelle garanzie processuali previste dal proprio ordinamento e poste a presidio della tutela dei diritti fondamentali dei soggetti indagati ovvero imputati<sup>20</sup>.

Pertanto, l'ordine europeo di indagine, unitamente al principio di mutuo riconoscimento, stabilisce una forma di cooperazione tra autorità giurisdizionali di diversi Stati membri senza però dar vita a uno strumento processuale "abusivo" che consenta all'autorità giurisdizionale di emissione di eludere i limiti dei propri poteri istruttori per come previsti dalla propria normativa nazionale<sup>21</sup>.

Il divieto di abuso del diritto sembra trovare conferma proprio nell'art. 6, par. 1, della direttiva 2014/41/UE che introduce le due condizioni di ammissibilità per l'emissione dell'OEI al fine di contenere tutti quei fenomeni di abuso processuale cui le autorità di emissione possono dar vita, e ciò vale tanto nei casi in cui l'oggetto dell'OEI siano uno o più atti di indagine che lo Stato di esecuzione deve ancora effettuare, quanto, specialmente, nei casi in cui viene richiesto il semplice trasferimento di prove già in possesso di quest'ultimo.

Come già anticipato, la valutazione deve essere comunque compiuta dall'autorità dello Stato di emissione in ambedue le ipotesi, ma ciò che cambia è il momento in cui tale verifica interviene rispetto allo svolgimento delle attività investigative nello Stato di esecuzione. In effetti, qualora vengano richieste delle prove già in possesso dell'autorità di esecuzione, l'organo di

<sup>20</sup> Sul punto, si vedano le riflessioni compiute da M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 469 ss., secondo cui l'OEI non può in ogni caso costituire lo strumento per eludere i limiti previsti dalla disciplina dello Stato di emissione.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

emissione può condurre un accertamento ancora più specifico della proporzionalità rispetto ai fini del procedimento *a quo*, e dell'equivalenza rispetto ai casi interni in cui tale autorità di emissione avrebbe potuto effettuare i medesimi atti investigativi, essendo in grado, in tal modo, di verificare con maggiore accuratezza le modalità attraverso cui l'attività investigativa ha operato e come essa abbia concretamente inciso sui diritti delle persone sottoposte a indagini ovvero imputate.

Seguendo questo schema, l'autorità dello Stato di emissione potrebbe emettere un OEI a condizione che le prove oggetto del trasferimento: a) siano il risultato di un'attività investigativa eseguita nello Stato di esecuzione mediante modalità e tecniche di realizzazione che siano proporzionate rispetto ai fini del procedimento *a quo*; b) che siano il risultato di modalità e tecniche investigative previste dal proprio ordinamento in un caso analogo; e c) che siano il risultato di modalità e tecniche investigative che in un caso interno analogo una qualsiasi altra autorità nazionale avrebbe potuto applicare.

Questo tipo di valutazione farebbe in modo che, sebbene l'autorità di emissione non possa sindacare la legittimità delle modalità di acquisizione espletate in un diverso Stato membro, stante il principio di mutuo riconoscimento, allo stesso modo l'organo giurisdizionale di emissione sarebbe tenuto a conoscere *incidenter tantum* di tali tecniche investigative per potersi esprimere in concreto sull'esame dei requisiti di proporzionalità ed equivalenza. Di conseguenza, laddove questi ritenga che le prove richieste siano il risultato di un'attività di indagine che secondo la *lex fori* non sarebbe ammessa, tale autorità dovrebbe astenersi dal trasmettere l'OEI, perché altrimenti abuserebbe di tale strumento per ottenere da un'autorità di un diverso Paese membro ciò che non avrebbe potuto ottenere nell'ambito di un analogo procedimento nazionale.

È solo attraverso il compimento di una simile analisi che l'autorità di emissione sembrerebbe rispettare a pieno, da un lato, la *ratio* del principio di mutuo riconoscimento, e dall'altro, l'obbligo di effettuare una corretta valutazione delle condizioni di ammissibilità di cui all'art. 6, par. 1, della direttiva, e quindi evitare un utilizzo distorto e abusivo dell'ordine europeo di indagine.

Per comprendere se il ragionamento finora illustrato in termini astratti sia corretto, nel paragrafo che segue si tenterà di verificare se esso trovi una qualche conferma anche in concreto, nella prassi della Corte di giustizia dell'Unione europea (d'ora in poi Corte)<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> La Corte di giustizia è infatti già stata chiamata a interpretare le disposizioni della direttiva OEI, come accaduto in: Corte giust. 2 marzo 2021, C-746/18, *Prokuratuur* (Condizioni di accesso ai dati relativi alle comunicazioni elettroniche); 16 dicembre 2021, C-724/19,

3. *Il rinvio pregiudiziale disposto dal Staatsanwaltschaft Berlin e le conclusioni dell'AG Ćapeta*

La rilevanza delle questioni illustrate nel paragrafo precedente appare ancora più evidente se si considera la prassi della Corte di giustizia, e più precisamente un recente caso attualmente pendente dinanzi ad essa. Il riferimento è alla causa *Staatsanwaltschaft Berlin* originatasi dal rinvio pregiudiziale del Tribunale di Berlino e vertente su alcune delle problematiche che sono state astrattamente descritte nel corso della sezione che ci ha preceduti<sup>23</sup>.

La questione trae origine da un procedimento penale scaturito da un'operazione investigativa congiunta tra Francia e Paesi Bassi che ha avuto come obiettivo la rete EncroChat. L'attività di indagine, che prevedeva l'intercettazione dei dati di utenti della rete di EncroChat relativi all'ubicazione, al traffico e alle comunicazioni, inclusi messaggi e immagini trasmessi in chat in corso, ha avuto un impatto sugli utenti a livello globale, interessando circa 4.600 soggetti in Germania. Più specificamente, nella primavera del 2020, era stato distribuito in Francia un software Trojan, autorizzato dal Tribunale di Lille. Eurojust aveva informato dell'operazione i diversi Stati membri coinvolti, tra cui la Germania<sup>24</sup>. Nel giugno 2020, la Procura di Francoforte ha chiesto alle autorità inquirenti francesi, tramite un OEI, il trasferimento dei dati di EncroChat nei procedimenti penali tedeschi<sup>25</sup>. L'OEI in questione è stato eseguito dalla Francia consentendo agli organi inquirenti di emissione di acquisire i dati relativi agli utenti situati in Germania<sup>26</sup>.

A questo punto, la Procura di Francoforte ha diviso le indagini contro gli utenti di EncroChat, assegnandole agli uffici locali, e la Staatsanwaltschaft Berlin (la Procura di Berlino) ha posto a carico dell'imputato – un utente di EncroChat – di cui alla causa pendente dinanzi alla Corte di giu-

*Spetsializirana prokuratura*; e da ultimo conclusioni dell'Avv. gen. Ćapeta, *Staatsanwaltschaft Berlin* (EncroChat), sopra citate.

<sup>23</sup> Peralto, è opportuno segnalare che risulta attualmente pendente anche un secondo rinvio disposto dal medesimo Tribunale di Berlino, ossia la causa C-675/23, *Staatsanwaltschaft Berlin II*.

<sup>24</sup> Nel frattempo, la Procura di Francoforte aveva avviato un'indagine preliminare nei confronti di taluni degli utenti intercettati dopo aver visionato i dati raccolti dal gruppo congiunto a seguito della condivisione avvenuta tramite il server di Europol.

<sup>25</sup> Il sospetto riguardava un traffico di droga su larga scala da parte di individui legati a un gruppo organizzato in Germania che utilizzavano i telefoni EncroChat.

<sup>26</sup> Peralto, ulteriori trasferimenti si erano poi perfezionati tramite OEI supplementari nel settembre 2020 e nel luglio 2021.



stizia diversi casi di traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti in Germania, sulla base delle prove ottenute tramite l'OEI.

Nell'ambito del procedimento penale attualmente in corso, il Tribunale di Berlino ha tuttavia rilevato un possibile contrasto tra l'OEI emesso dalla Procura di Francoforte e la normativa prevista dalla direttiva 2014/41/UE, e ha così scelto di sottoporre alla Corte di giustizia i quesiti pregiudiziali che di seguito sono stati riordinati e riassunti<sup>27</sup>: i) se una misura correlata con l'accesso clandestino ad apparecchiature terminali volta ad ottenere dati relativi al traffico, all'ubicazione e alle comunicazioni di un servizio di comunicazione via Internet costituisca un'intercettazione di telecomunicazioni ai sensi dell'art. 31 della direttiva 2014/41/UE, e se perciò le autorità francesi fossero tenute all'obbligo di notifica nei confronti della Germania, ai sensi del primo paragrafo della medesima disposizione; ii) se un OEI volto ad acquisire prove già in possesso dello Stato di esecuzione debba essere emesso da un giudice, e non da un organo inquirente, qualora tali prove siano state raccolte nello Stato di esecuzione attraverso attività di intercettazione di telecomunicazioni, e la normativa processuale dello Stato di emissione preveda la competenza del giudice ad autorizzare una simile attività di indagine; iii) se la condizione di proporzionalità di cui all'art. 6, par. 1, lett. a), della direttiva risulti violata qualora l'OEI sia volto al trasferimento di una massa indistinta e indiscriminata di dati relativi al traffico e all'ubicazione, nonché registrazioni dei contenuti delle comunicazioni di tutti gli utenti della piattaforma EncroChat; iv) se la condizione di equivalenza di cui all'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva risulti violata qualora l'OEI sia volto al trasferimento di prove già in possesso dell'autorità di esecuzione, ottenute da quest'ultima attraverso un'attività di intercettazione che, date le relative modalità di espletamento, sarebbe stata illegittima ai sensi del diritto dello Stato di emissione in un caso interno analogo; v) se il principio di equivalenza ed effettività impongano che le prove acquisite attraverso un OEI illegittimo, perché contrario all'art. 6, par. 1, della direttiva, siano inutilizzabili dallo Stato di emissione.

### 3.1. *Le prime due questioni pregiudiziali*

Per quanto concerne il primo quesito, l'Avvocato generale Ćapeta ha sostenuto che l'attività di indagine in questione debba essere qualificata come intercettazioni di telecomunicazioni *ex art. 31* della direttiva e che di conse-

<sup>27</sup> In realtà, l'ordine originario dei quesiti pregiudiziali sottoposti alla Corte dal Tribunale di Berlino è differente. È stato modificato in questa sede al fine di proporre un'analisi che tenga conto anche della cronologia procedurale stabilita dalla direttiva OEI.



guenza le autorità franco-olandesi avrebbero dovuto notificare l'avvio di una simile attività investigativa alle corrispettive autorità tedesche competenti. L'Avvocato generale, tuttavia, non ha precisato quale siano le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo di notifica, non essendo queste stesse previste neppure dalla direttiva 2014/41/UE<sup>28</sup>.

Con riferimento alla seconda questione, l'Avvocato generale Čapeta, ha confermato l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte<sup>29</sup>, affermando che il principio di mutuo riconoscimento fa sì che nei casi in cui l'atto investigativo iniziale nello Stato di esecuzione abbia ricevuto un'autorizzazione da parte di un organo giudicante terzo e imparziale, non è necessario che anche l'OEI volto al trasferimento delle prove sia emesso da un giudice. Tale principio vale anche se, in base alla legislazione dello Stato di emissione, la raccolta delle prove alla base dell'OEI richiederebbe di regola l'autorizzazione da parte di un giudice<sup>30</sup>.

E così, l'ubicazione geografica dell'intercettazione in un altro Stato membro non influisce sulla determinazione dell'autorità emittente competente<sup>31</sup>. Peraltro, prosegue l'Avvocato generale, dal momento che il diritto nazionale consente a un pubblico ministero di ordinare un simile trasferimento in situazioni interne analoghe, allora la medesima logica deve applicarsi anche in caso di cooperazione tra diversi Stati membri. Di conseguenza, il diritto dell'Unione non prevede che un OEI finalizzato al trasferimento di prove preesistenti ottenute tramite l'intercettazione di telecomunicazioni debba essere emesso da un giudice, se il diritto dello Stato di emissione consente a un pubblico ministero di richiedere tale trasferimento in situazioni interne analoghe<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Infatti, con riferimento alle conseguenze derivanti dall'inadempimento dell'obbligo di notifica delle intercettazioni sancito dall'art. 31, par. 1, la direttiva, scegliendo di non prevederle espressamente, ha rimesso ai singoli Stati membri, in sede di attuazione della stessa, il compito di stabilirle ciascuno secondo il proprio ordinamento. La mancata armonizzazione sotto questo profilo fa sì che, allo stato attuale, vi siano, da un lato, Paesi come la Francia, che, ai sensi dell'art. 100-8 del Code de procédure pénale, prevede una causa di nullità della procedura in caso di mancata notifica, e dall'altro, Paesi come l'Italia, che, ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, non prevede alcuna conseguenza in caso di mancato adempimento dell'obbligo. Sul punto, si veda R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, in T. BENE, L. LUPARIA, L. MARAFIOTTI (a cura di), *op. cit.*, p. 176 ss.

<sup>29</sup> *Prokuratuur*, sopra citata, punto 52; *Spetsializirana prokuratura*, cit., punto 32.

<sup>30</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta, *Staatsanwaltschaft Berlin (EncroChat)*, sopra citate, par. 74.

<sup>31</sup> *Ibidem*, par. 75.

<sup>32</sup> *Ibidem*, par. 132.

### 3.2. *L'operatività delle condizioni di proporzionalità ed equivalenza*

Se la trattazione delle prime due questioni può apparire di pronta soluzione, al contrario, la decisione delle rimanenti questioni pregiudiziali, e in particolare quelle riferite al rispetto da parte dell'autorità di emissione delle condizioni di cui all'art. 6, par. 1, della direttiva OEI, appare più complessa.

In merito al presunto vizio di proporzionalità dell'OEI ordinato dalla Procura di Francoforte, l'Avvocato generale Čapeta si è limitato a ribadire quanto previsto dalla direttiva stessa, e cioè che la valutazione della necessità e della proporzionalità dell'OEI spetta all'autorità giurisdizionale di emissione, e che tale giudizio deve tener conto (e quindi bilanciandoli) da un lato, della grave ingerenza nella vita privata dei soggetti sottoposti a indagine o imputati, e dall'altro, dell'interesse pubblico rilevante del singolo procedimento<sup>33</sup>.

Sebbene il giudizio in concreto sul rispetto del requisito di proporzionalità spetti al giudice del rinvio, l'auspicio è che la Corte di giustizia, a differenza dell'Avvocato generale, si pronunci, seppur sempre in termini astratti, sulla potenziale incompatibilità con il principio di proporzionalità di un'attività investigativa, come quella eseguita dalle autorità francesi, consistente nella intercettazione massiva, indistinta e indiscriminata di dati relativi al traffico e all'ubicazione, nonché di registrazioni dei contenuti delle comunicazioni di tutti gli utenti della piattaforma EncroChat<sup>34</sup>.

Quel che potrebbe verosimilmente indurre la Corte a sostenere che una simile attività investigativa sia contraria all'art. 6, par. 1, della direttiva 2014/41/UE è il fatto che nella sua giurisprudenza in materia di conservazione di dati personali relativi a comunicazioni elettroniche essa ha affermato che tali dati, se generalizzati e indiscriminati, non possono essere messi a disposizione delle autorità competenti ed essere poi utilizzati nell'ambito di indagini per condotte illecite<sup>35</sup>. Infatti, i principi di diritto formulati nell'atto

<sup>33</sup> *Ibidem*, par. 86.

<sup>34</sup> Sull'operatività del requisito di proporzionalità e sul necessario controllo dello stesso, S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence Across the European Union*, cit.; D. HELENIUS, *op. cit.*, p. 350 ss.; M. DANIELE, *Evidence Gathering in the Realm of the European Investigation Order*, in *NJECL*, vol. 6, n. 2, 2015, p. 190; M. D DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4, 2015, p. 86 ss.; A. ROSANÒ, *De Criminali Proportione: On Proportionality Standing between National Criminal Laws and the EU Fundamental Freedoms*, in *University of Bologna Law Review*, 2017, p. 51; M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, cit.

<sup>35</sup> Corte giust. 7 settembre 2023, C-162/22, *Lietuvos Respublikos generalinė prokuratūra*, punti 30-44.

europeo<sup>36</sup> sembrano deporre nel senso che sia necessaria una delimitazione delle categorie di persone interessate, nonché un periodo di tempo limitato allo stretto necessario, essendo perciò vietata la captazione e la successiva utilizzazione generalizzata e indiscriminata<sup>37</sup>.

Per quanto concerne la possibile violazione dell'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva 2014/41/UE, la questione è senz'altro rilevante perché riguarda la definizione dell'oggetto della valutazione che l'autorità dello Stato di emissione deve compiere, prima di trasmettere l'OEI, per accertare il rispetto del requisito della equivalenza.

Nello specifico, il giudice del rinvio ha interrogato la Corte chiedendole se un OEI volto all'acquisizione di prove già detenute dallo Stato di esecuzione, e ottenute da quest'ultimo attraverso un'attività di intercettazione le cui modalità di svolgimento sarebbero state illegittime nello Stato di emissione, sia o meno contrario all'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva.

Secondo l'Avvocato generale Ćapeta, il requisito della analogia impone all'autorità di emissione di stabilire se e a quali condizioni il proprio diritto nazionale gli consenta di richiedere il trasferimento di prove raccolte mediante l'intercettazione di telecomunicazioni tra procedimenti penali a livello interno. Di conseguenza, ad avviso dell'Avvocato generale, il giudizio ipotetico che l'autorità di emissione deve effettuare dovrebbe risolversi nel seguente interrogativo: sulla base della *lex fori*, può un organo inquirente tedesco chiedere ad una diversa autorità nazionale il trasferimento di esiti probatori raccolti in un diverso procedimento interno a seguito di un'attività di intercettazione? Qualora l'autorità dello Stato di emissione risponda in modo affermativo a tale quesito, questi potrà allo stesso modo trasmettere un OEI volto all'acquisizione di prove risultanti da una attività di intercetta-

<sup>36</sup> Il riferimento è alla direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009.

<sup>37</sup> In tal senso, si veda *Prokuratuur*, sopra citata, punto 29; *Lietuvos Respublikos generalinė prokuratūra*, sopra citata, punto 30; Corte giust. 20 settembre 2022, C-793/19 e C-794/19, *SpaceNet e Telekom Deutschland*, punti 74-75 e 131.

zione che siano già in possesso dello Stato di esecuzione.

In una simile ipotesi, infatti, il principio di mutuo riconoscimento impedisce all'autorità giurisdizionale di emettere di valutare la legittimità della raccolta delle prove avvenuta nello Stato di esecuzione<sup>38</sup>.

Tuttavia, la risposta offerta dall'Avvocato generale Čapeta non sembra aver colto pienamente il punto della questione per due diverse ragioni.

In primo luogo, non sembra aver tenuto conto del fatto che, quand'anche l'autorità di emissione avesse potuto ordinare ad un'altra autorità tedesca il trasferimento delle prove acquisite tramite l'intercettazione di telecomunicazioni, il presupposto di questo trasferimento sarebbe stato comunque la necessaria validità del procedimento di formazione di tali esiti probatori. Il che significa che, qualora le prove in questione fossero state apprese nel procedimento interno *ad quem* attraverso modalità e tecniche di intercettazione non ammesse nell'ordinamento tedesco, l'organo inquirente *a quo* non avrebbe potuto chiederne il trasferimento in quanto si sarebbe trattato di prove viziata geneticamente e quindi non trasferibili in altro procedimento interno<sup>39</sup>.

Lo stesso discorso dovrebbe valere anche in caso di emanazione di un OEI, perché altrimenti questo strumento verrebbe utilizzato dagli organi inquirenti dello Stato di emissione per eludere i limiti che il suo ordinamento pone in riferimento alle modalità e alle tecniche di intercettazione di telecomunicazioni<sup>40</sup>.

In secondo luogo, l'Avvocato generale Čapeta sembra aver equivocato

<sup>38</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta, *Staatsanwaltschaft Berlin* (EncroChat), sopra citate, par. 48.

<sup>39</sup> Basti pensare, ad esempio, a quanto si verifica nell'ordinamento italiano ai sensi dell'art. 270 c.p.p. Il pubblico ministero può chiedere ad una diversa autorità inquirente italiana il trasferimento, nel procedimento *a quo*, degli esiti delle intercettazioni da questa effettuate nel procedimento *ad quem*, al fine di utilizzare tali prove nell'ambito della procedura *a quo*. Tuttavia, sebbene l'art. 270 c.p.p. attenga all'utilizzabilità di una data prova in un diverso procedimento rispetto a quello in cui si è formata, la legittimità della formazione di suddetta prova, tra cui ricomprendere anche le tecniche di intercettazione impiegate, è logicamente pregiudiziale rispetto all'utilizzabilità della stessa. Di conseguenza, essendo la legittima formazione dei risultati delle intercettazioni condizione ineluttabile che deve essere soddisfatta in un caso interno affinché possa essere disposta l'utilizzazione di tali esiti probatori in un diverso procedimento, il limite dell'equivalenza di cui all'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva 2014/41/UE dovrebbe imporre che la prova formatasi nello Stato di esecuzione si sia formata attraverso modalità e tecniche investigative riconosciute e ammesse, in un caso interno analogo, dalla legislazione dello Stato di emissione dell'OEI.

<sup>40</sup> Alla medesima conclusione sembra giungere anche M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit.

il quesito proposto dal Tribunale di Berlino. Infatti, il giudice del rinvio non ha chiesto alla Corte se l'autorità giurisdizionale tedesca potesse sindacare la legittimità delle attività di intercettazione francesi (d'altronde non ne avrebbe gli strumenti), bensì se la Procura di Francoforte fosse legittimata a ordinare il trasferimento degli esiti probatori di indagini che, date le relative modalità di espletamento, sulla base della *lex fori* non sarebbero state validamente realizzabili in una situazione interna analoga.

La comprensione di tale questione è dirimente perché, ove risolta, consentirebbe di delimitare con certezza i confini della valutazione che l'autorità dello Stato di emissione deve compiere ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva OEI.

È ragionevole, perciò, domandarsi se tale accertamento debba coprire o meno anche le modalità di espletamento delle attività di indagine compiute dall'autorità giurisdizionale di esecuzione.

Qualora la Corte di giustizia optasse per un'applicazione *sic et simpliciter* del principio di mutuo riconoscimento, seguendo, così, le conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta, allora essa dovrebbe rispondere al quesito pregiudiziale che l'autorità di emissione è tenuta a verificare il rispetto della analogia (o equivalenza) solo ed esclusivamente con riferimento all'atto o agli atti di indagine richiesti, con la conseguenza che, in caso di un OEI volto al trasferimento di prove già in possesso dell'autorità di esecuzione, non dovrebbero rilevare le modalità di acquisizione di suddetti risultati probatori.

Una simile conclusione, tuttavia, sembrerebbe tradire la *ratio* del meccanismo di cooperazione prevista dalla direttiva che, sebbene ispirata al principio di mutuo riconoscimento, è volta a istituire una procedura semplificata di scambio degli esiti di attività investigative tra autorità giurisdizionali di diversi Stati membri, senza però al contempo dar vita a un meccanismo attraverso cui gli uffici inquirenti nazionali possono sistematicamente eludere i limiti e le condizioni previste internamente per la disposizione di attività investigative consistenti nell'intercettazione di telecomunicazioni.

Pertanto, la Corte di giustizia potrebbe rispondere all'interrogativo sollevato dal giudice del rinvio sostenendo che la valutazione di cui all'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva deve interessare non solo l'atto investigativo in quanto tale ma anche le modalità e le tecniche di espletamento che esso comporta. In questo modo, l'autorità di emissione, prima di trasmettere un OEI volto a ottenere le prove già in possesso dall'autorità dello Stato di esecuzione, dovrebbe: i) in primo luogo, valutare l'ammissibilità, sulla base del proprio ordinamento e in un caso interno analogo, di uno strumento processuale che gli avrebbe consentito di richiedere ad un'altra autorità nazionale

il trasferimento degli esiti probatori derivanti da un'attività di intercettazione da quest'ultima effettuata; ii) e in secondo luogo, qualora la prima verifica abbia dato esito positivo, dovrebbe accertare che in un caso interno analogo il proprio ordinamento gli riconosca il potere di ordinare il trasferimento degli esiti probatori provenienti da un'attività di intercettazione svolta seguendo determinate modalità e tecniche di espletamento, e, in particolare, attraverso la captazione massiva, indistinta, e indiscriminata di una intera piattaforma di messagistica via internet.

Solo qualora questi due esami diano esito positivo, l'autorità giurisdizionale di emissione sarebbe legittimata a trasmettere l'OEI all'autorità di esecuzione.

Infine, con riferimento all'ultima questione pregiudiziale concernente le conseguenze processuali derivanti dall'accertamento dell'illegittimità di un OEI per contrasto con la direttiva 2014/41/UE, come correttamente rilevato dall'Avvocato generale Čapeta<sup>41</sup>, il regime dell'ammissibilità delle prove rientra nell'ambito delle competenze del diritto processuale nazionale, fermi restando i limiti dell'equivalenza e della effettività. Questo vuol dire che, poiché la direttiva non specifica le conseguenze derivanti dall'illegittimità di un OEI, si applicano gli istituti processuali generali previsti da ciascun ordinamento nazionale.

Tuttavia, in virtù del riparto di giurisdizione operato dall'art. 14, par. 2, della direttiva 2014/41/UE, secondo cui spetta allo Stato di emissione il sindacato delle regioni di merito riguardanti l'OEI, si potrebbe supporre che le autorità di quest'ultimo, dopo aver rilevato l'illegittimità di un OEI, in quanto contrario alla direttiva, ne deducano la relativa inefficacia nel procedimento *a quo*. In un simile scenario, quindi, la caducazione dell'ordine europeo di indagine, essendo esso l'atto presupposto attraverso cui si è verificato l'ingresso delle prove nello Stato di emissione, potrebbe determinare la rimozione degli effetti degli atti processuali *a valle* adottati sulla base degli esiti probatori confluiti nel procedimento *a quo* proprio mediante l'OEI.

#### 4. *Considerazioni finali*

In conclusione, premessa la necessaria rilevanza del principio di mutuo riconoscimento nel sistema di cooperazione previsto dalla direttiva 2014/41/

<sup>41</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta, *Staatsanwaltschaft Berlin* (EncroChat), sopra citate, par. 131.

UE, appare ragionevole sostenere che la relativa operatività vada ancora perfezionata. In particolare, se da un lato il meccanismo di individuazione dell'autorità giurisdizionale competente a emettere un OEI sembra essere di facile intuizione, anche in virtù della consolidata giurisprudenza della Corte sul tema<sup>42</sup>, dall'altro, restano da specificare i limiti che l'autorità giurisdizionale di emissione incontra nell'esercizio del potere di verifica delle condizioni di cui all'art. 6, par. 1, della direttiva.

A tal riguardo, il principio di mutuo riconoscimento appare esclusivamente idoneo a precludere alle autorità dello Stato di emissione la possibilità di sindacare, sulla base della *lex fori*, la legittimità delle attività investigative compiute sulla base della *lex loci*. Al contempo, suddetto principio incontra un importante limite rappresentato dalla assenza di una normativa europea di armonizzazione delle modalità di produzione e messa a disposizione delle prove. Volendo, come qualcuno ha osservato<sup>43</sup>, effettuare un parallelismo con la libera circolazione delle merci, se quest'ultima libertà «è stata preceduta e accompagnata nel tempo dall'imposizione agli Stati membri di rigidi standard di qualità produttiva a tutela dei consumatori europei»<sup>44</sup>, lo stesso non può dirsi per la circolazione della “merce probatoria”<sup>45</sup>.

Infatti, la libera circolazione delle prove, a differenza di quella delle merci, è contraddistinta dal fatto che oggetto del trasferimento è l'esito di un complesso iter procedimentale che risponde a precisi criteri metodologici investigativi, peculiari di ogni ordinamento nazionale, che sono idonei a incidere sulla utilizzabilità del dato probatorio.

Di conseguenza, qualora operasse il reciproco riconoscimento dei criteri di ammissibilità, in assenza di una base normativa comune, ciò potrebbe esporre i singoli Stati membri all'obbligo di ammettere qualsiasi prova legalmente formata in base al diritto nazionale di un altro Paese europeo, anche laddove tale procedimento di acquisizione contrasti con l'ordinamento di emissione.

Così facendo, una prova illegittima, secondo la *lex fori*, diventerebbe utilizzabile solo in quanto frutto di una “indiretta sanatoria europea”<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> *Prokuratuur*, sopra citata, punto 52; *Spetsializirana prokuratura*, sopra citata, punto 32.

<sup>43</sup> O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale*, cit., pp. 155-156.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Termine mutuato da L. MARAFIOTI, *op. cit.*

<sup>46</sup> A una simile conclusione è giunto E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in A. LANZI, F. RUGGIERI, L. CAMALDO (a cura di), *Il difensore e il Pubblico Ministero europeo*, Padova, 2002, p. 107.



Per evitare che ciò accada, è fondamentale che la Corte chiarisca se nell'ambito del controllo operato dall'autorità giurisdizionale di emissione rientrano o meno anche le modalità e le tecniche investigative impiegate per l'espletamento delle attività di indagine che hanno dato, o daranno vita, nello Stato di esecuzione, alle prove richieste tramite un OEI.

Infatti, i requisiti di proporzionalità ed equivalenza, per come stabiliti dalla direttiva, oltre a essere i limiti di operatività del mutuo riconoscimento, sono anche la diretta espressione delle garanzie processuali poste a presidio dei diritti fondamentali dei soggetti sottoposti a indagini ovvero imputati. Per questo motivo, ferma l'impossibilità di sindacare la legittimità delle attività investigative condotte dall'autorità giurisdizionale di esecuzione, gli organi dello Stato di emissione dovrebbero essere tenuti a considerare preventivamente le modalità e le tecniche investigative che hanno condotto all'acquisizione delle prove oggetto del trasferimento, e, qualora tali modalità non siano ammesse nel proprio ordinamento in un caso interno analogo, dovrebbero astenersi dall'emettere l'OEI. In caso contrario vale a dire qualora decidessero di trasmettere un OEI in contrasto con l'art. 6, par. 1, della direttiva, ai sensi dell'art. 14, par. 2, della stessa spetterebbe al giudice del Paese di emissione rilevare l'illegittimità dell'OEI per violazione della direttiva e farne conseguire gli effetti processuali previsti dal proprio ordinamento, in ossequio al principio di autonomia processuale nazionale.

### Abstract (ita)

Il presente lavoro intende esaminare una possibile ipotesi di inesatta applicazione della disciplina stabilita dalla direttiva OEI, concentrandosi, in particolare, sulla valutazione che l'organo giurisdizionale dello Stato di emissione deve effettuare per verificare il rispetto dei criteri di proporzionalità ed equivalenza. L'analisi è stata condotta alla luce dei recenti sviluppi accaduti nella prassi, e più nello specifico di una questione pregiudiziale attualmente pendente dinanzi alla Corte di giustizia. In effetti, nell'ambito della procedura attiva dell'OEI, assume preminente rilevanza la valutazione delle condizioni di emissione che le autorità dello Stato di emissione deve effettuare ai sensi dell'art. 6, par. 1, della direttiva, prima di sottoporre l'OEI all'autorità dello Stato di esecuzione. In questo contesto appare necessario comprendere se una simile valutazione debba tenere conto solamente della tipologia di atto di indagine richiesto in quanto tale, oppure se vadano considerate anche le specifiche modalità investigative che le autorità dello Stato di esecuzione ha adottato o dovrà adottare. L'articolo è suddiviso in due parti: la prima sezione volta a esaminare la disciplina stabilita dalla direttiva e le problematiche che essa sembra sollevare in astratto; la seconda parte dedicata alle questioni che una simile procedura causa in concreto, alla luce delle recenti conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta nel rinvio pregiudiziale disposto dal Staatsanwaltschaft Berlin.

### Abstract (eng)

The purpose of this paper is to examine a specific case of misapplication of the rules set out in the EIO Directive, focusing on situations where the issuing court fails to comply with the criteria of proportionality and equivalence. This analysis is carried out in the light of recent practical events, in particular in the context of a preliminary ruling pending before the Court of Justice. The study aims to investigate a key aspect of the European investigation order procedure – the assessment of the admissibility conditions by the issuing authorities – and to test whether such an assessment should consider only the requested investigative measure *ex se*, or also the specific investigation tools adopted or to be adopted by the executing State. The discussion is structured in two parts: an analysis of the legal framework and theoretical challenges of the EIO Directive, and an overview of practical issues arising from the EIO Directive based on the Opinion of Advocate General Čapeta delivered in case *Staatsanwaltschaft Berlin*.



L'INDIPENDENZA DELLE AUTORITÀ NAZIONALI  
DI REGOLAMENTAZIONE DAL POTERE POLITICO:  
RECENTI SVILUPPI NEL SETTORE DEI MEDIA IN ITALIA

**Claudia Massa**\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il concetto di indipendenza dell'amministrazione nel diritto dell'Unione europea e il suo impatto sulla costituzione delle *authorities*. – 3. I riferimenti normativi all'indipendenza delle autorità amministrative nazionali di controllo o di regolamentazione nel diritto dell'Unione europea. – 4. Il particolare aspetto dell'indipendenza delle autorità amministrative nazionali di controllo o di regolamentazione dal potere politico nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 5. L'indipendenza delle autorità amministrative nazionali di regolamentazione dal potere politico nel settore dei media in Italia: quali novità a seguito del rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato italiano del dicembre 2023? – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Le autorità amministrative nazionali di controllo o di regolamentazione, nello svolgimento delle loro varie attività, devono agire, com'è ben noto, in piena indipendenza. Da sempre, tuttavia, si manifestano “influenze esterne” che incidono indebitamente sull'esercizio dei loro poteri.

Di recente, in Italia, si sono registrati episodi di ingerenza politica nell'attività dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni che, contestati dinanzi ai giudici nazionali, sono stati portati all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione europea tramite rinvii pregiudiziali. La Corte ha così avuto modo di chiarare che vari comportamenti posti in essere dal Governo e dal legislatore erano incompatibili con le norme di diritto dell'Unione europea poste a garanzia dell'indipendenza delle suddette autorità.

Nel presente scritto, si intende innanzitutto approfondire il concetto di “indipendenza dell'amministrazione” nel diritto dell'Unione europea, al fine di valutare quale sia stato il suo impatto sulla costituzione delle autorità amministrative indipendenti (c.d. “*authorities*”). In seguito, saranno ricostruiti sia il quadro normativo dell'Unione sull'indipendenza di tali autorità sia la

\* Ricercatrice TD-A presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al particolare aspetto della loro indipendenza dal potere politico. Infine, sarà dato conto del più recente contenzioso italiano in materia di indipendenza delle autorità di regolamentazione nel settore delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, e sarà valutato quale potrebbe essere l'ulteriore connotato di tale indipendenza ad essere chiarito dalla Corte di giustizia, adita con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 10416/2023 dal Consiglio di Stato italiano.

2. *Il concetto di indipendenza dell'amministrazione nel diritto dell'Unione europea e il suo impatto sulla costituzione delle authorities*

Un esplicito riferimento all'indipendenza dell'amministrazione nei Trattati dell'Unione europea è contenuto nell'art. 298, par. 1, TFUE, secondo il quale: «[n]ell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed *indipendente*»<sup>1</sup>. Tale disposizione non può essere considerata come un principio generale di diritto dell'Unione, in quanto la Corte di giustizia non si è mai pronunciata in maniera esplicita in tal senso<sup>2</sup>. In effetti, oltre a qualche chiarimento in merito a cosa si debba intendere per amministrazione "aperta ed efficace"<sup>3</sup>, nella giurisprudenza della Corte manca una definizione di "indipendenza dell'amministrazione europea" e una determinazione delle varie declinazioni che tale indipendenza può assumere nel contesto dell'ordinamento dell'Unione. Ad ogni modo, il concetto di "indipendenza dell'amministrazione europea" di cui alla suddetta disposizione appare strettamente collegato al distinto concetto di "indipendenza delle istituzioni dell'Unione". Pertanto, vengono in rilievo le previsioni dei Trattati dell'Unione europea sull'indipendenza degli organi esecutivi e giudiziari. In particolare, con riguardo alla Commissione europea, l'art. 17, par. 3, secondo

<sup>1</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>2</sup> D. U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M. P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, II ed., 2018, pp. 112-113.

<sup>3</sup> Tribunale 26 ottobre 2017, T-601/16, *Georges Paraskevaidis/Centro europeo per lo sviluppo della formazione professionale*, punto 36, in cui il Tribunale ha affermato che «un'amministrazione europea aperta ed efficace deve attenersi scrupolosamente al rispetto delle disposizioni dello Statuto [dei funzionari dell'Unione europea]», per cui occorre, tra l'altro, motivare qualsiasi atto che rechi pregiudizio agli agenti dell'Unione al fine di «garantire un clima di lavoro sereno all'interno dell'amministrazione dell'Unione, evitando di creare il sospetto che la gestione del personale di quest'ultima si basi sull'arbitrarietà o sul favoritismo».

capovero, TUE afferma che «[i] membri della Commissione sono scelti in base alla loro competenza generale e al loro impegno europeo e tra personalità che offrono tutte le garanzie di *indipendenza*»<sup>4</sup>. Inoltre, l'indipendenza di tali membri della Commissione è garantita anche dall'art. 245 TFUE, il quale impone un obbligo in capo agli Stati membri di rispettare «la loro *indipendenza* e [di] non cerca[re] di influenzarli nell'adempimento dei loro compiti»<sup>5</sup>. I giudici e gli avvocati generali della Corte di giustizia dell'Unione europea, invece, sono scelti, a norma dell'art. 253 TFUE, «tra personalità che offrano tutte le garanzie di *indipendenza* [...]»<sup>6</sup>. I membri della Corte dei conti, invece, sulla base dell'art. 285 TFUE, «esercitano le loro funzioni in piena *indipendenza*, nell'interesse generale dell'Unione»<sup>7</sup>. Infine, in virtù dell'art. 282 TFUE, la Banca centrale europea «[è] *indipendente* nell'esercizio dei suoi poteri e nella gestione delle sue finanze. Le istituzioni, organi e organismi dell'Unione e i governi degli Stati membri rispettano tale *indipendenza*»<sup>8</sup>.

Tra le disposizioni dei Trattati dell'Unione europea non ve ne è alcuna che si riferisca alle Agenzie dell'Unione europea, organismi dotati di personalità giuridica e di autonomia amministrativa e finanziaria, che notevolmente si legano al concetto di “indipendenza dell'amministrazione”. Infatti, nello svolgere i loro eterogenei compiti, soprattutto di amministrazione diretta e regolazione di alcuni settori, tali Agenzie, sempre più spesso, si pongono in una posizione di indipendenza dalla Commissione europea e dagli Stati membri<sup>9</sup>. Tale posizione di indipendenza si regge su un elevato livello di competenza tecnico-scientifica e di expertise, che neutralizza e rende oggettivo il momento decisionale dell'Agenzia in questione<sup>10</sup>. In effetti,

<sup>4</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>5</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>6</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>7</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>8</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>9</sup> Si segnala che esistono tipi diversi di Agenzie, distinti sulla base dei rapporti che le legano alla Commissione: alcune agenzie godono di piena indipendenza (si pensi all'EFSA, Agenzia per la sicurezza alimentare, o al SEVIF, Sistema europeo di vigilanza finanziaria); altre invece si trovano in posizione di autonomia parziale rispetto all'organo esecutivo dell'Unione (come l'AEA, Agenzia europea per l'ambiente). Più di recente, si nota un incremento di Agenzie indipendenti dalla Commissione – e in generale dalle istituzioni politico-amministrative –, che svolgono funzioni caratterizzate da elevate competenze di natura tecnico-scientifica. Sul punto, cfr. E. CHITI, *La trasformazione delle agenzie europee*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2010, p. 67).

<sup>10</sup> Per un approfondimento sulle Agenzie dell'Unione europea e sul loro grado di indi-

come chiarito dalla Commissione, «è soprattutto l'indipendenza delle loro valutazioni tecniche e/o scientifiche a costituire la ragione stessa della loro istituzione»<sup>11</sup>.

Il concetto di "indipendenza dell'amministrazione" che emerge dalla lettura congiunta dei suddetti articoli e dall'esperienza delle Agenzie dell'Unione europea appare, dunque, multiforme: esso si sostanzia sia nell'imparzialità che nell'autonomia rispetto a forme di condizionamento provenienti da parte delle istituzioni europee stesse, degli Stati membri e di soggetti pubblici o privati.

Tale ampio concetto di indipendenza dell'amministrazione ha certamente influenzato i legislatori nazionali nella conformazione del particolare modello di amministrazione che è l'"amministrazione indipendente"<sup>12</sup>, nata per rispondere ad alcune evoluzioni ed esigenze del processo di integrazione europea, quali la liberalizzazione di taluni settori economici e la necessità di una tutela più efficace della concorrenza<sup>13</sup>. Gli obblighi imposti agli Stati

pendenza, *cfr.* J. ALBERTI, *Le agenzie dell'Unione europea*, Milano, 2018; E. CHITI, *Decentralized Implementation. European Agencies*, in *Oxford Principles of European Union Law*, 2018; C. TOVO, *Le agenzie decentrate dell'Unione europea*, Napoli, 2016; L. TORCHIA, *La regolazione indipendente nell'ordinamento europeo: i nuovi organismi di settore*, in P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti azionali e organismi europei*, Milano, 2012; V. SALVATORE (a cura di), *Le Agenzie dell'Unione Europea. Profili istituzionali e tendenze evolutive*, Jean Monnet Centre of Pavia, 2011; J. SAURER, *The Accountability of Supranational Administration: The Case of European Union Agencies*, in *American University International Law Review*, 2009; E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni europee*, Padova, 2002.

<sup>11</sup> Comunicazione della Commissione – Inquadramento delle agenzie europee di regolazione, COM/2002/0718 def.

<sup>12</sup> Tanto è vero che in dottrina, con riferimento alle Autorità indipendenti italiane, è stato affermato che esse «non sono indipendenti per una libera scelta del Parlamento italiano» ma «per una scelta condizionata e perfino imposta dal diritto europeo» (così S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2018, p. 965). In merito all'influenza del diritto dell'Unione sui procedimenti dinanzi alle autorità indipendenti, v. P. DE PASQUALE, *Diritto dell'Unione europea e procedimenti davanti alle autorità indipendenti: i principi*, in *DUE*, n. 1, 2013, pp. 73-91.

<sup>13</sup> Per un approfondimento sulle autorità amministrative indipendenti, *cfr. ex multis*, C. ACOCELLA (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, 2022; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, p. 140 ss.; F. LUCIANI, *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, 2011; R. CHIEPPA, G. P. CIRILLO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010; A. LA SPINA, S. CAVATORTO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, 2008; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007; F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *DUE*, 2006, p. 28 ss.



membri in tale contesto hanno infatti richiesto – talvolta espressamente – l’istituzione di autorità amministrative indipendenti con compiti di controllo e/o di regolazione<sup>14</sup> (c.d. “*authorities*”), sulla base del principio dell’autonomia istituzionale, secondo cui è assicurata in capo ai legislatori nazionali un’ampia discrezionalità in ordine alla configurazione e alla organizzazione dei costituendi organi nazionali, seppure “nel pieno rispetto degli obiettivi e degli obblighi” previsti a livello europeo, e segnatamente purché siano soddisfatti “i requisiti di competenza, di indipendenza, di imparzialità e di trasparenza”<sup>15</sup>.

### 3. *I riferimenti normativi all’indipendenza delle autorità amministrative nazionali di controllo o di regolamentazione nel diritto dell’Unione europea*

Il diritto dell’Unione europea primario non prevede uno specifico principio di indipendenza delle autorità amministrative nazionali di controllo o di regolamentazione. Ciononostante, esso può ritenersi implicito nei principi generali di diritto dell’Unione<sup>16</sup>, in particolar modo nel principio di

<sup>14</sup> Per un approfondimento sui compiti di controllo e di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, cfr. F. BARZANTI, *L’indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione e di controllo nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Torino, 2018; R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in R. CHIEPPA, G. P. CIRILLO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, op. cit., pp. 67-74.

<sup>15</sup> Corte giust. 19 ottobre 2016, C-424/15, *Xabier Ormaetxea Garai e Bernardo Lorenzo Almendros/Administración del Estado*, punto 49; 17 settembre 2015, C-85/14, *KPN BV/Autoriteit Consument en Markt (ACM)*, punto 53; 6 ottobre 2010, C-389/08, *Base NV e a./Ministerraad*, punto 26; 6 marzo 2008, C-82/07, *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones/Administración del Estado*, punto 24. Sul principio dell’autonomia istituzionale, cfr. M. LOTTINI, *Indipendenza delle autorità di regolamentazione e principio di autonomia*, in *Rivista interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, n. 4, 2020, pp.197-211; D. U. GALETTA, op. cit., p. 110; A. MASERA, *I principi generali*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo, parte generale*, Milano, 2007, p. 285 ss. Si osservi che il principio dell’autonomia istituzionale è suscettibile di deroga ogniqualvolta un intervento sul piano organizzativo interno si riveli imprescindibile allo scopo di garantire l’effettività del diritto UE in specifici ambiti di diritto materiale (per un esempio, v. Corte giust. 26 luglio 2017, C-696/15 P, *Repubblica ceca/Commissione*).

<sup>16</sup> Per una disamina dei principi generali di diritto dell’Unione europea rilevanti nel diritto amministrativo, v. D. U. GALETTA, op. cit., pp. 110-113. Con particolare riguardo ai principi di diritto dell’Unione europea che influenzano l’attività delle autorità amministrative nonché l’articolazione e la forma dei procedimenti dinanzi ad esse, v. P. DE PASQUALE, op. cit., pp. 79-88.

sussidiarietà di cui all'art. 5 TUE, che, nella prospettiva del diritto amministrativo europeo, può essere inteso non solo nel senso che l'Unione deve privilegiare la c.d. "amministrazione dell'Unione indiretta" o "decentrata" e le varie forme di cooperazione amministrativa tipiche della c.d. "coamministrazione" in luogo di un'amministrazione "diretta" operata attraverso istituzioni, organi o organismi dell'Unione europea, ma anche nel senso che le autorità amministrative nazionali hanno il proprio ruolo e autonomia nel prendere decisioni e attuare il diritto dell'Unione a livello nazionale. Ancora, la necessità di assicurare l'indipendenza delle autorità amministrative nazionali può ritenersi inglobata nell'obbligo di rispettare il valore dello Stato di diritto di cui all'art. 2 TUE, in virtù del quale tutti i pubblici poteri devono sempre agire entro i limiti stabiliti dalla legge. Infatti, il rispetto dello Stato di diritto, essenziale per il funzionamento stesso dell'Unione, implica l'effettiva applicazione del diritto dell'Unione e il corretto funzionamento del mercato interno, ambiti nei quali le autorità amministrative nazionali giocano un ruolo chiave, per cui deve essere riconosciuta loro la dovuta indipendenza.

Nel diritto dell'Unione europea secondario, invece, si rinvencono più specifici riferimenti all'indipendenza delle autorità amministrative nazionali di controllo o di regolamentazione. In particolare, è possibile rintracciare disposizioni contenute in direttive e regolamenti che legittimano l'indipendenza decisionale – e talvolta organizzativa e funzionale – delle autorità amministrative indipendenti, imponendo vari obblighi in capo agli Stati membri, nell'ambito dell'applicazione uniforme, efficace ed equa del diritto dell'Unione a livello nazionale. Ad esempio, gli artt. 6, parr. 1 e 2, e 8 della direttiva 2018/1972/UE<sup>17</sup> sono volti a garantire l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione e delle altre autorità competenti nel campo delle comunicazioni elettroniche; gli artt. 4, parr. 1 e 2, e 5 della direttiva 2019/1/UE<sup>18</sup> si focalizzano sull'indipendenza delle autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza quando applicano gli articoli 101 e 102 TFUE; l'art. 57, parr. 4 e 5, della direttiva 2019/944/UE<sup>19</sup> inerisce all'indipendenza delle autorità di regolazione del mercato dell'energia elettrica; gli

<sup>17</sup> Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche.

<sup>18</sup> Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

<sup>19</sup> Direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE.

artt. 52 e 54 del regolamento 2016/679/UE<sup>20</sup> si concentrano sull'indipendenza delle autorità di controllo del trattamento dei dati personali. Sulla base di queste disposizioni – oltre che di quelle nazionali – può ritenersi fondata, rispettivamente, l'indipendenza delle seguenti autorità amministrative indipendenti italiane: l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, "AGCOM"), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, "AGCM"), l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (di seguito, "ARERA"), il Garante per la protezione dei dati personali (di seguito, "GPDP").

Le sopracitate disposizioni sull'indipendenza delle autorità amministrative nazionali di controllo o di regolamentazione sono abbastanza simili tra loro, nel senso che, salvo qualche eccezione, tutte si occupano dei molteplici aspetti dell'indipendenza di un'autorità. In particolare, volgendo l'attenzione soltanto alle autorità amministrative nazionali di regolamentazione (di seguito, "ANR")<sup>21</sup> – che più interessano ai fini del presente scritto –, il comune denominatore tra tutte le disposizioni in esame è che vi è un esplicito riferimento all'imparzialità e alla trasparenza con cui tali autorità devono esercitare i loro poteri<sup>22</sup>. Peraltro, è sempre previsto che dette autorità dispongano di risorse tecniche, finanziarie e umane adeguate a svolgere i compiti loro assegnati<sup>23</sup>. Soltanto in alcuni casi, invece, è specificato che tali autorità siano giuridicamente distinte e funzionalmente indipendenti da altri soggetti pubblici o privati<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> 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 e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

<sup>21</sup> Si tenga presente che spesso le varie autorità indipendenti sono istituite per soddisfare contemporaneamente sia le esigenze di controllo che quelle di regolamentazione.

<sup>22</sup> V. art. 6, par. 2, della direttiva 2018/1972/UE; art. 4, par. 2, della direttiva 2019/1/UE; e art. 57, par. 4, della direttiva 2019/944/UE.

<sup>23</sup> V. art. 6, par. 2, della direttiva 2018/1972/UE; art. 5, par. 1, della direttiva 2019/1/UE; e art. 57, par. 4, lett. b) della direttiva 2019/944/UE.

<sup>24</sup> V. art. 6, par. 1, della direttiva 2018/1972/UE che prevede che le autorità nazionali di regolamentazione e le altre autorità competenti nel settore delle comunicazioni elettroniche devono essere «giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da qualsiasi persona fisica o giuridica che fornisca reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica»; e art. 57, par. 4, lett. a) della direttiva 2019/944/UE che prevede che l'autorità nazionale di regolamentazione nel settore dell'energia elettrica «sia giuridicamente distinta e funzionalmente indipendente da altri soggetti pubblici o privati». Non si riscontrano previsioni di analogo tenore nella direttiva 2019/1/UE in riferimento alle autorità nazionali di regolamentazione nel settore della concorrenza.

Per quanto concerne l'aspetto dell'indipendenza dal potere politico, alcuni atti contengono chiare ed esplicite norme sul punto, altri appaiono più vaghi. Infatti, nella direttiva 2019/1/UE è espressamente previsto che le autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza devono essere «in grado di svolgere i loro compiti ed esercitare i loro poteri ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE *in modo indipendente da ingerenze politiche e da altre influenze esterne*»<sup>25</sup> e che non devono sollecitare né accettare «istruzioni dal governo o da altre entità pubbliche o private nello svolgimento dei loro compiti o nell'esercizio dei loro poteri ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, fatto salvo il diritto del governo di uno Stato membro, ove applicabile, di emanare norme generali di indirizzo che non riguardino indagini settoriali o procedimenti istruttori specifici»<sup>26</sup>. A sua volta, la direttiva 2019/944/UE stabilisce che le ANR del mercato dell'energia elettrica non devono sollecitare né accettare «istruzioni dirette da alcun governo o da altri soggetti pubblici o privati nell'esercizio delle funzioni di regolazione. Tale requisito lascia impregiudicati la stretta cooperazione, se del caso, con altre pertinenti autorità nazionali, o gli orientamenti di politica generale elaborati dal governo, non connessi con i compiti e le competenze di regolazione [...]»<sup>27</sup> e che esse possano «prendere decisioni autonome, in maniera indipendente da qualsiasi organo politico»<sup>28</sup>. Nel settore delle comunicazioni elettroniche, invece, la direttiva 2018/1972/UE non contiene disposizioni di tenore analogo ma si limita a stabilire, all'art. 8 rubricato «Indipendenza politica e rendicontabilità delle autorità nazionali di regolamentazione», che «le autorità nazionali di regolamentazione operano in indipendenza e in modo obiettivo, [...] e non sollecitano né accettano istruzioni da alcun altro *organismo* nell'esercizio dei compiti loro affidati ai sensi del diritto nazionale che recepisce il diritto dell'Unione»<sup>29</sup>. L'art. 6, par. 1, poi, si focalizza sul particolare caso degli «Stati membri che mantengono la proprietà o il controllo delle imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica», i quali devono provvedere «alla piena ed effettiva separazione strutturale delle funzioni di regolamentazione dalle attività inerenti alla proprietà o al controllo». Dalla lettura di tali disposizioni emerge immediatamente il mancato esplicito e puntuale riferimento all'indipendenza delle autorità in questione dalle ingerenze derivanti dal po-

<sup>25</sup> Art. 4, par. 2, lett. a), della direttiva 2019/1/UE. Corsivo aggiunto.

<sup>26</sup> Art. 4, par. 2, lett. b), della direttiva 2019/1/UE.

<sup>27</sup> Art. 57, par. 4, lett b), ii), della direttiva 2019/944/UE.

<sup>28</sup> Art. 57, par. 5, lett a), della direttiva 2019/944/UE.

<sup>29</sup> Corsivo aggiunto.

tere politico. Tale vuoto non può ritenersi colmato dal contenuto non pre-cettivo del considerando n. 35 della direttiva, secondo cui: «[a]lcuni compiti ai sensi della direttiva, come la regolamentazione ex ante del mercato, [...] sono compiti che dovrebbero essere svolti esclusivamente dalle autorità nazionali di regolamentazione, vale a dire organi indipendenti sia dal settore che da qualsiasi intervento esterno o pressione politica». L'imperfezione normativa così delineata è particolarmente grave se si considera che proprio l'influenza del potere politico sulla regolamentazione delle comunicazioni elettroniche, prima, e sulla regolamentazione dei contenuti, poi, è una delle maggiori minacce alla tutela del pluralismo dei mezzi di informazione. Peraltro, il mancato riferimento all'indipendenza delle ANR nel settore delle comunicazioni elettroniche collide con le intenzioni del legislatore europeo precedentemente espresse – nell'ambito della riforma della “direttiva quadro” 2002/21/CE sulle reti ed i servizi di comunicazione elettronica<sup>30</sup> – nel considerando n. 13 della direttiva 2009/140/CE<sup>31</sup> (ripreso dal considerando n. 37 direttiva 2018/1972/UE). Quest'ultimo, infatti, nell'ottica di «rafforzare l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione per garantire un'applicazione più efficace del quadro normativo, rafforzare la loro autorità e assicurare una maggiore prevedibilità delle loro decisioni», affermava che «è opportuno prevedere, nella legislazione nazionale, una disposizione esplicita che garantisca che un'autorità nazionale di regolamentazione responsabile della regolamentazione ex ante del mercato o della risoluzione di controversie tra imprese è al riparo, nell'esercizio delle sue funzioni, *da qualsiasi intervento esterno o pressione politica* che potrebbe compromettere la sua imparzialità di giudizio nelle questioni che è chiamata a dirimere. Ai sensi del quadro normativo, tale influenza esterna impedisce a un organo legislativo nazionale di deliberare in quanto autorità nazionale di regolamentazione [...]»<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro).

<sup>31</sup> Direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica.

<sup>32</sup> Corsivo aggiunto.

4. *Il particolare aspetto dell'indipendenza delle autorità amministrative nazionali di controllo o di regolamentazione dal potere politico nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

Le sopracitate disposizioni di diritto primario e secondario stabiliscono alcuni punti cardine in merito all'indipendenza delle autorità amministrative nazionali di controllo o di regolamentazione, ma la definizione sempre più precisa dei contorni di tale indipendenza è appannaggio dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia. Quest'ultima ha avuto modo di soffermarsi, tra l'altro, sul particolare aspetto dell'indipendenza delle autorità amministrative nazionali di controllo o di regolamentazione dal potere politico, e, in particolare, dal Governo.

Ad esempio, il suddetto profilo è al centro della sentenza *Commissione/Germania* del 2010<sup>33</sup>, resa all'esito di un giudizio promosso dalla Commissione per la violazione da parte della Germania dell'art. 28, par. 1, secondo capoverso, della direttiva 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali<sup>34</sup>. La violazione era consistita, secondo la Commissione, nell'aver sottoposto alla vigilanza dello Stato le autorità di controllo competenti a vegliare sul trattamento dei dati personali nei settori privati nei vari Länder, e, dunque, nell'aver erroneamente trasposto la regola per cui le autorità garanti della protezione di tali dati devono essere «pienamente indipendenti nell'esercizio delle funzioni loro attribuite». La Corte ha ritenuto che il requisito dell'indipendenza di cui alla direttiva concernesse non soltanto il rapporto fra le autorità di controllo e i soggetti sottoposti al controllo ma anche quello tra tali autorità e qualsiasi tipo di «istruzione o pressione»<sup>35</sup> ovvero «ogni altra influenza esterna [...], sia essa diretta o indiretta»<sup>36</sup> (come quella dello Stato o dei Länder<sup>37</sup>), in quanto «nello svolgimento delle loro funzioni, le autorità di controllo devono agire in modo obiettivo ed imparziale»<sup>38</sup>. Pertanto, la Corte è giunta a ritenere incompatibile con il diritto dell'Unione la sottoposizione delle autorità di

<sup>33</sup> Corte giust. 9 marzo 2010, C-518/07, *Commissione/Germania*.

<sup>34</sup> Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, il cui art. 28, par. 1, secondo capoverso recita: «Tali autorità sono pienamente indipendenti nell'esercizio delle funzioni loro attribuite».

<sup>35</sup> *Commissione/Germania*, C-518/07, sopra citata, punto 18.

<sup>36</sup> *Ivi*, punto 19.

<sup>37</sup> *Ivi*, punto 25.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

controllo tedesche alla vigilanza statale, affermando che «il solo rischio che le autorità [statali] di vigilanza possano esercitare un'influenza politica sulle decisioni delle autorità di controllo è sufficiente ad ostacolare lo svolgimento indipendente delle funzioni di queste ultime» e che «il ruolo di custodi del diritto alla vita privata che assumono dette autorità [di controllo] impone che le loro decisioni, e, quindi, esse stesse, siano al di sopra di qualsivoglia sospetto di parzialità»<sup>39</sup>. Inoltre, la Corte aggiunge che l'indipendenza delle autorità di controllo dallo Stato (i.e. dal Governo) non è da ritenersi in contrasto con il c.d. «principio di democrazia», che «richiederebbe una subordinazione dell'amministrazione alle istruzioni del Governo, responsabile dinanzi al Parlamento»<sup>40</sup>. Tale principio, infatti, «non osta all'esistenza di autorità pubbliche collocate al di fuori dell'amministrazione gerarchica classica e più o meno indipendenti dal Governo», la cui esistenza è legata all'assolvimento di «funzioni regolatrici o [...] compiti che devono essere sottratti all'influenza politica», che sono sottoposte «al rispetto della legge sotto il controllo dei giudici competenti»<sup>41</sup> nonché a una certa, concepibile «influenza parlamentare»<sup>42</sup> (in merito alle nomine<sup>43</sup>, alle competenze<sup>44</sup>, e per il tramite delle relazioni sull'attività di controllo svolta<sup>45</sup>).

Nell'ambito della stessa materia della tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, rileva anche la sentenza *Commissione/Austria* del 2012<sup>46</sup>. In tale sentenza, la Corte di giustizia ha ritenuto incompatibile con il requisito dell'indipendenza di cui all'art. 28, par. 1, secondo capoverso, della direttiva 95/46/CE la disciplina austriaca relativa all'organizzazione, di diritto e di fatto, dell'autorità di controllo per la protezione dei dati, la Datenschutzkommission (di seguito, «DSK»), a causa di un «intreccio organizzativo» tra tale autorità e la cancelleria federale (organo politico) che «impedisce alla DSK di essere al di sopra di ogni sospetto di parzialità»<sup>47</sup>. Più in dettaglio, la Commissione ricorrente, prima, e la Corte di giustizia, poi, hanno individuato varie componenti di tale intreccio che non consentivano di ritenere che la DSK esercitasse le sue funzioni «al riparo da

<sup>39</sup> *Ivi*, punto 36.

<sup>40</sup> *Ivi*, punto 40.

<sup>41</sup> *Ivi*, punto 42.

<sup>42</sup> *Ivi*, punto 43.

<sup>43</sup> *Ivi*, punto 44.

<sup>44</sup> *Ivi*.

<sup>45</sup> *Ivi*, punto 45.

<sup>46</sup> Corte giust. 16 ottobre 2012, C-614/10, *Commissione/Austria*.

<sup>47</sup> *Ivi*, punto 61.



qualsiasi influenza *indiretta*»<sup>48</sup>. In effetti, sulla base delle norme nazionali, sia il membro amministratore dell'autorità di controllo che i funzionari dell'ufficio di tale autorità erano anche funzionari della cancelleria federale. Tale assetto comprometteva l'indipendenza della DSK nella misura in cui tutti i suddetti soggetti, pur non essendo vincolati da alcuna istruzione da parte della cancelleria federale nell'esercizio delle loro funzioni, erano comunque sottoposti al suo potere di controllo, che, nel caso dell'amministratore, si traduceva in un controllo da parte del superiore gerarchico (consistente, ad esempio, nel provvedere affinché il suo collaboratore adempisse alle mansioni ad esso incombenti in modo efficiente ed economico, nel favorire il suo avanzamento di carriera in funzione del suo rendimento, ecc.)<sup>49</sup>. La Corte ha affermato, infatti, che l'indipendenza funzionale di un'autorità di controllo, intesa come indipendenza dei suoi membri da qualsiasi istruzione nell'esercizio delle loro funzioni, «da sola non è sufficiente per preservare la suddetta autorità di controllo da qualsiasi influenza esterna»<sup>50</sup>, in quanto è necessario assicurare anche l'indipendenza da «qualsiasi forma di influenza *indiretta* che possa orientare le decisioni dell'autorità di controllo»<sup>51</sup>. Inoltre, la Corte ha statuito che anche il diritto del cancelliere federale di informarsi in qualsiasi momento, presso il presidente e il membro amministratore della DSK, su ogni aspetto della gestione dell'autorità di controllo «è parimenti atto ad assoggettare la DSK ad un'influenza indiretta»<sup>52</sup>, e, dunque, anche tale diritto è stato ritenuto incompatibile con il requisito dell'indipendenza fissato dalla direttiva europea.

Un'altra forma di «obbedienza al potere politico» di un'autorità di controllo per la protezione dei dati personali è stata accertata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Commissione/Ungheria* del 2014<sup>53</sup>. In questo caso, la Corte ha statuito che il poter porre fine al mandato di un'autorità di controllo o, più in dettaglio, di un suo commissario, prima del termine previsto dalla legislazione applicabile, senza rispettare le norme e le garanzie a tal fine prestabilite, costituisce una «minaccia [...] incombente su detta autorità durante l'intero esercizio del suo mandato», che può costituire un'«influenza esterna» incompatibile con il requisito di indipendenza di cui all'art. 28, par.

<sup>48</sup> *Ivi*, punto 44. Corsivo aggiunto.

<sup>49</sup> *Ivi*, punto 50.

<sup>50</sup> *Ivi*, punto 42.

<sup>51</sup> *Ivi*, punto 43. Corsivo aggiunto.

<sup>52</sup> *Ivi*, punto 63.

<sup>53</sup> Corte giust. 8 aprile 2014, C-288/12, *Commissione/Ungheria*.

1, secondo capoverso, della direttiva 95/46/CE<sup>54</sup>. «Ciò è vero anche qualora la cessazione del mandato derivi da una ristrutturazione o da un cambiamento del modello»<sup>55</sup>. Infatti, sebbene «gli Stati membri [siano] certamente liberi di adottare e di modificare il modello istituzionale che ritengono il più adatto per le loro autorità di controllo», «essi devono, tuttavia, in quest'ambito, fare in modo di non compromettere l'indipendenza [di tale autorità]», il che «implica l'obbligo di rispettare la durata del mandato della stessa»<sup>56</sup>.

L'interruzione dei mandati dei membri delle autorità di controllo e regolamentazione è l'oggetto anche della sentenza *Ormaetxea Garai e Lorenzo Almendros* del 2016<sup>57</sup>. In tale sentenza la Corte di giustizia ha affermato che gli Stati membri sono liberi di provvedere ad una riforma istituzionale volta alla fusione di un'ANR responsabile della regolamentazione *ex ante* del mercato o della risoluzione di controversie tra imprese con altre ANR al fine di creare un organismo di regolamentazione multisettoriale<sup>58</sup>, che comporti la destituzione anticipata del presidente o del consigliere dell'organo collegiale direttivo dell'ANR oggetto di fusione<sup>59</sup>. Tuttavia, al fine di rispettare gli obblighi in materia di rafforzamento dell'indipendenza e dell'imparzialità delle ANR fissati dall'art. 3, par. 3 *bis*, della direttiva sulle reti ed i servizi di comunicazione elettronica (di seguito, "direttiva quadro"<sup>60</sup>), una tale riforma «*deve prevedere norme atte a garantire che la destituzione prima della scadenza dei rispettivi mandati non arrechi pregiudizio all'indipendenza e all'imparzialità delle persone interessate*»<sup>61</sup>. In particolare, bisogna scongiurare il rischio di una destituzione immediata per un motivo diverso da quelli preventivamente fissati dalla legge, perché esso «sarebbe idoneo a creare un ragionevole dubbio circa la neutralità dell'ANR interessata e la sua impermeabilità ai fattori esterni [i.e. il potere politico] e a ledere la sua indipendenza, la sua imparzialità e la sua autorità»<sup>62</sup>.

<sup>54</sup> *Ivi*, punto 54.

<sup>55</sup> *Ivi*.

<sup>56</sup> *Ivi*, punto 60.

<sup>57</sup> *Xabier Ormaetxea Garai e Bernardo Lorenzo Almendros/Administración del Estado*, sopra citata.

<sup>58</sup> *Ivi*, punto 36.

<sup>59</sup> *Ivi*, punti 50 e 52.

<sup>60</sup> Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro, nella sua versione iniziale), come modificata dalla direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, con rettifica.

<sup>61</sup> *Xabier Ormaetxea Garai e Bernardo Lorenzo Almendros/Administración del Estado*, sopra citata, punto 51.

<sup>62</sup> *Ivi*, punto 47.

Non costituisce, invece, un'indebita istruzione politica ai sensi dell'art. 3, par. 3 bis, della suddetta "direttiva quadro" la sottoposizione da parte del legislatore nazionale di un'ANR a disposizioni sul contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica. Tale aspetto è stato chiarito dalla Corte di giustizia nella sentenza pregiudiziale *AGCOM/ISTAT* del 2016<sup>63</sup>, resa nel contesto di un procedimento pendente dinanzi al Consiglio di Stato italiano, in cui l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ("AGCOM") sosteneva che l'assoggettamento a tali disposizioni nazionali aveva l'effetto di imporre restrizioni sotto il profilo organizzativo e sotto il profilo finanziario tali da ridurre l'efficacia della sua azione di regolamentazione nel settore delle telecomunicazioni<sup>64</sup>. Secondo la Corte, in particolare, la sottoposizione a determinate norme di controllo dei bilanci da parte del parlamento nazionale, compresa l'applicazione ex ante di misure di contenimento della spesa pubblica, rientra nei poteri di «supervisione a norma del diritto costituzionale nazionale» permessi a norma dell'art. 3, par. 3 bis, primo comma, seconda frase, della direttiva quadro, per cui non è riscontrabile una lesione dell'indipendenza e dell'imparzialità dell'autorità in questione<sup>65</sup>. Spetta, poi, al giudice nazionale verificare la proporzionalità delle suddette disposizioni nazionali in materia di finanza pubblica, e se esse configurino un potenziale ostacolo a che l'autorità disponga delle risorse finanziarie e umane necessarie per svolgere in maniera soddisfacente i compiti ad essa assegnati<sup>66</sup>.

Le prescrizioni in materia di indipendenza e imparzialità delle ANR fissate dal suddetto art. 3, par. 3 bis, della direttiva quadro sono, invece, lese, secondo la Corte di giustizia, nel caso in cui «enti esterni» (politici) «sospend[ano] o persino [...] annull[ino], al di fuori delle ipotesi di supervisione e di ricorso di cui all'articolo 3, paragrafo 3 bis, primo comma, della direttiva quadro, una procedura [...] organizzata sotto la responsabilità [di un'ANR]»<sup>67</sup>. Questo aspetto è stato chiarito dalla Corte nella sentenza *Europa Way Srl* del 2017, resa a seguito di un rinvio pregiudiziale operato dal Consiglio di Stato italiano. Il caso aveva ad oggetto la legittimità di una procedura di selezione di operatori per l'assegnazione di radiofrequenze digitali, indetta dal Ministero dello Sviluppo Economico sulla base di un atto di regolazione

<sup>63</sup> Corte giust. 28 luglio 2016, C-240/15, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni/Istituto Nazionale di Statistica – ISTAT e a.*, punto 48.

<sup>64</sup> *Ivi*, punto 18.

<sup>65</sup> *Ivi*, punti 37-39.

<sup>66</sup> *Ivi*, punto 40.

<sup>67</sup> Corte giust. 26 luglio 2017, C-560/15, *Europa Way Srl e Persidera SpA/Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e a.*, punto 56.

dell'AGCOM di fissazione dei criteri e delle modalità per l'assegnazione delle stesse. Più in dettaglio, tale atto (una delibera) dell'AGCOM aveva stabilito che le radiofrequenze disponibili dovessero essere assegnate gratuitamente agli operatori con i requisiti stabiliti all'esito di una procedura di selezione organizzata secondo il cosiddetto modello del «beauty contest». La procedura indetta dal Ministero dello Sviluppo Economico sulla base di tali criteri era stata poi sospesa dal Ministero stesso e successivamente annullata dal legislatore nazionale. La Corte di giustizia ha ritenuto tale sospensione e tale annullamento non compatibili con il diritto dell'Unione, in quanto «il legislatore nazionale ed il Ministro dello Sviluppo economico non hanno agito in qualità di organi competenti a conoscere dei ricorsi [– quali i tribunali –, ai sensi dell'articolo 4 della direttiva quadro, organi che, a norma dell'articolo 3, paragrafo 3 *bis*, di tale direttiva, sono gli unici a poter sospendere o invalidare le decisioni prese dalle autorità nazionali di regolamentazione»<sup>68</sup>.

La mera partecipazione di soggetti politici a procedimenti dinanzi alle ANR allo scopo di garantire la tutela dell'interesse pubblico, invece, non è di per sé lesiva dell'indipendenza decisionale di tali autorità. A chiarirlo è stata la Corte di giustizia con la sentenza pregiudiziale *Prezident Slovenskej republiky* del 2020<sup>69</sup>. In particolare, la Corte ha affermato che la previsione di cui all'art. 35, par. 5, lett. a), della direttiva 2009/72 sul mercato interno dell'energia elettrica<sup>70</sup> – secondo cui «l'autorità nazionale di regolamentazione deve prendere decisioni autonome, in maniera indipendente da qualsiasi organo politico» – non risultava violata dalla normativa nazionale slovacca che prevedeva la partecipazione di rappresentanti del Ministero dell'Economia e del Ministero dell'Ambiente della Repubblica slovacca ai procedimenti di fissazione dei prezzi dinanzi all'ANR delle industrie di rete. Infatti, «i pareri formulati da detti rappresentanti nel corso dei procedimenti relativi alla fissazione di prezzi non possono avere carattere vincolante né in alcun caso essere considerati, dall'autorità di regolamentazione, come istruzioni alle quali essa sia tenuta a conformarsi nell'esercizio dei suoi compiti e delle sue competenze»<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> *Ivi*, punto 57. In merito alla possibilità di estendere i principi in tema di indipendenza elaborati in questa sentenza nel settore dell'energia, cfr. F. DONATI, *La Commissione UE tra politica e regolazione dell'energia*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 1, 2018, p. 59 ss.

<sup>69</sup> Corte giust. 11 giugno 2020, C-378/19, *Causa promossa da Prezident Slovenskej republiky*, punto 57.

<sup>70</sup> Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE, non più in vigore dal 31/12/2020.

<sup>71</sup> *Causa promossa da Prezident Slovenskej republiky*, sopra citata, punto 63.

Più di recente, nella sentenza *Commissione/Germania* del 2021<sup>72</sup>, la Corte di giustizia ha accertato la violazione da parte dello Stato tedesco delle norme sull'indipendenza delle ANR di cui alle Direttive 2009/72 sul mercato interno dell'energia elettrica<sup>73</sup> e 2009/73 sul mercato del gas naturale<sup>74</sup> avendo adottato una normativa nazionale che attribuisce al governo federale competenze che dovrebbero spettare esclusivamente alle autorità nazionali di regolazione, quali quella di fissare tariffe di trasmissione e di distribuzione, di determinare le condizioni di accesso alle reti nazionali e di determinare le condizioni di accesso alle reti nazionali e le condizioni per i servizi di bilanciamento. Nel giungere a tale conclusione, la Corte afferma che «tanto l'attribuzione a un soggetto diverso dall'ANR del potere di intervenire in ambiti a questa riservati, quanto l'assoggettamento dell'ANR a disposizioni adottate da altri soggetti che prevedono in modo dettagliato l'esercizio dei suoi poteri negli ambiti di competenza ad essa riservati, sono atti a incidere sulla possibilità per l'ANR di adottare, in tali ambiti, decisioni in modo autonomo, in piena libertà e senza influenze esterne»<sup>75</sup>. Inoltre, la Corte ricorda che la nozione di "indipendenza" «designa abitualmente uno status che garantisce all'organo interessato la possibilità di agire in piena libertà rispetto agli organismi nei confronti dei quali deve essere garantita l'indipendenza di tale organo, al riparo da qualsiasi istruzione e influenza esterna»<sup>76</sup>. Pertanto, al fine di escludere un trattamento privilegiato delle imprese e degli interessi economici legati al governo, alla maggioranza o comunque al potere politico, è fondamentale assicurare l'indipendenza piena delle ANR rispetto ai soggetti economici e ai soggetti pubblici, siano essi organi amministrativi o organi politici, e in quest'ultimo caso titolari del potere esecutivo o di quello legislativo<sup>77</sup>. Nella sentenza in commento, dunque, si manifesta nuovamente la posizione della Corte già assunta nella precitata sentenza *Commissione/Germania* del 2010, a favore di un'interpretazione estensiva del concetto di indipendenza delle ANR, che non si limita a proiettarsi nei confronti dei soli

<sup>72</sup> Corte giust. 2 settembre 2021, C-718/18, *Commissione/Germania*. Per un commento a questa sentenza, v. K. HUHTA, *C-718/18 Commission v. Germany: Critical Reflections on the Independence of National Regulatory Authorities in EU Energy Law*, in *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 30, n. 6, 2021, pp. 255-265.

<sup>73</sup> V. nota n. 70.

<sup>74</sup> Direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE.

<sup>75</sup> *Commissione/Germania*, C-718/18, sopra citata, punto 101.

<sup>76</sup> *Ivi*, punto 108 e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>77</sup> *Ivi*, punto 112.

operatori economici operanti sul mercato di riferimento (o, più in generale, degli organismi soggetti al controllo), ma che si rivolge anche nei confronti del Governo e del potere politico.

Alla luce dell'analisi delle sopracitate sentenze<sup>78</sup>, si evince che il principio di indipendenza delle autorità nazionali amministrative di controllo o di regolamentazione, nella sua declinazione di indipendenza da influenze politiche, si applica in diverse aree, come la protezione dei dati personali, la libertà dei media, il diritto della concorrenza, la tutela dei consumatori e molti altri settori. Inoltre, il suddetto principio trova attuazione in vari contesti, quali quello dell'organizzazione strutturale delle autorità, della determinazione degli aspetti di funzionamento dell'autorità (quali la fissazione della durata dei mandati dei membri), della supervisione finanziaria, della distribuzione delle competenze dell'autorità e dello svolgimento dei procedimenti dinanzi ad esse (sia dal punto di vista della determinazione dei soggetti ammessi sia da quello dell'incisione sulla loro prosecuzione). Assicurare il rispetto del principio dell'indipendenza delle autorità nazionali amministrative di controllo o di regolamentazione dal potere politico in tutte queste circostanze è, secondo la Corte di giustizia, fondamentale per garantire una corretta applicazione del diritto dell'Unione europea, e, più in generale, per tutelare gli interessi dei cittadini europei e assicurare una gestione equa, imparziale ed efficace degli affari pubblici.

5. *L'indipendenza delle autorità amministrative nazionali di regolamentazione dal potere politico nel settore dei media in Italia: quali novità a seguito del rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato italiano del dicembre 2023?*

Con particolare riguardo all'indipendenza dal potere politico delle ANR nel settore dei media, oltre alle sentenze *Ormaetxea Garai e Lorenzo Almendros* del 2016, *AGCOM/ISTAT* del 2016 ed *Europa Way Srl* del 2017 di cui si è detto nel paragrafo precedente, la Corte di giustizia dovrebbe a breve rendere un'altra sentenza in risposta al rinvio pregiudiziale operato dal Consiglio di Stato italiano con l'ordinanza n. 10416/2023. Tale rinvio è stato sollevato nel contesto di una controversia che vede contrapposti la società Europa Way S.r.l, da un lato, e l'AGCOM, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, dall'altro.

<sup>78</sup> Sul punto, cfr. anche F. BARZANTI, *op. cit.*, pp. 59-71.

Dei quattro quesiti pregiudiziali rivolti alla Corte di giustizia dal Consiglio di Stato, quello che rileva ai fini del presente scritto è il secondo, con il quale è chiesto alla Corte se le norme di diritto dell'Unione europea relative all'indipendenza delle ANR nel settore dei media – ossia gli artt. 3, par. 3 e 3-*bis*, e 8 e 9 della direttiva quadro (direttiva 2002/21/CE, come modificata dalla direttiva 2009/140/CE) e gli artt. 5, 6, 8, 9 e 45, della direttiva 2018/1972 – devono essere interpretate nel senso che ostano ad un sistema del tipo di quello introdotto in Italia dal legislatore (in particolare, dall'art. 1, comma 1031 bis della Legge di Bilancio 2018 come introdotto dall'art. 1 comma 1105 Legge di Bilancio 2019), che, priva o, comunque, limita in modo significativo l'AGCOM nelle sue funzioni di regolamentazione<sup>79</sup>. Più in dettaglio, tale sistema prevede che l'assegnazione dell'ulteriore capacità trasmissiva disponibile in ambito nazionale – aggiuntiva rispetto a quella pianificata dall'AGCOM nel Piano nazionale di assegnazione delle frequenze da destinare al servizio televisivo digitale terrestre (PNAF) – avvenga mediante una procedura onerosa, con aggiudicazione all'offerta economica più elevata e con la partecipazione degli *incumbent* (i.e. le imprese di grandi dimensioni presenti nel mercato dei media italiano, ossia Rai e Mediaset). Tale procedura onerosa deve essere indetta dal Ministero dello sviluppo economico (oggi Ministero delle Imprese e del Made in Italy), in attuazione di un atto di regolazione dell'AGCOM, che deve, però, basarsi su alcuni principi e criteri previsti dalla legge<sup>80</sup>.

In effetti, i dubbi espressi dal Consiglio di Stato in merito ad un siste-

<sup>79</sup> Quesiti pregiudiziali analoghi sono stati sollevati dal Consiglio di Stato, con ordinanze nn. 10415/2023 e 10419/2021, nell'ambito dei giudizi amministrativi promossi da Cairo Network srl e Persidera spa.

<sup>80</sup> In particolare: «a) assegnare la capacità trasmissiva e le frequenze sulla base di lotti con dimensione pari alla metà di un multiplex; b) determinare un valore minimo delle offerte sulla base dei valori di mercato individuati dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; c) considerare il valore delle offerte economiche presentate; d) garantire la continuità del servizio, la celerità della transizione tecnologica nonché la qualità delle infrastrutture tecnologiche messe a disposizione dagli operatori di rete nazionali operanti nel settore, ivi inclusa la concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo e multimediale; e) valorizzare le esperienze maturate dagli operatori di rete nazionali nel settore, con particolare riferimento alla realizzazione di reti di radiodiffusione digitale; f) valorizzare la capacità strutturale di assicurare l'efficienza spettrale, le professionalità e le competenze maturate nel settore, l'innovazione tecnologica e l'ottimale, effettivo e tempestivo sfruttamento della capacità trasmissiva e delle frequenze aggiuntive; g) assicurare la miglior valorizzazione dello spettro, tenendo conto dell'attuale diffusione di contenuti di buona qualità in tecnologia televisiva digitale terrestre alla più vasta maggioranza della popolazione italiana» (così l'art. 1, comma 1031-bis, della L. n. 205/2017, inserito dall'articolo 1, comma 1105, della Legge 30 dicembre 2018, n. 145).



ma così congegnato sembrano del tutto fondati, in quanto l'indipendenza dell'AGCOM appare lesa per molteplici motivi. Le scelte operate dal legislatore, chiaramente espressione di un'opzione politica, incidono su varie determinazioni dell'AGCOM che dovrebbero essere meramente tecniche, come quella inerente ai fattori di conversione, alla dimensione dei lotti, alle regole di procedura. In particolare, l'applicazione delle regole previste dal legislatore italiano, oltre ad aver comportato la destinazione alla procedura onerosa di risorse che dovevano invece rientrare nel piano di conversione elaborato dall'AGCOM nel PNAF, ha imposto criteri e principi per la procedura onerosa che, in ragione dell'esigenza di non definire il mercato dei media secondo criteri mutevoli orientati dalle maggioranze politiche, sarebbe stato compito dell'AGCOM determinare. Peraltro, il legislatore ha previsto la partecipazione degli *incumbent* alla procedura onerosa, dando così seguito ad una linea chiaramente "politica" e non tecnica.

Il Consiglio di Stato, nella sua ordinanza, fa presente che dalle sopracitate disposizioni di diritto dell'Unione sull'indipendenza delle ANR, esso ha già ricavato la sussistenza di una riserva di amministrazione indipendente, che mira a garantire alle ANR un ambito di regolamentazione sottratto all'intervento delle autorità politiche proprio per assicurare l'indipendenza della funzione regolatoria e la prevedibilità delle relative decisioni<sup>81</sup>. Inoltre, il Consiglio di Stato ricorda di aver già evidenziato che «le autorità indipendenti hanno funzioni di regolazione di determinati settori della vita economica mediante attribuzione di poteri normativi, amministrativi e giustiziali» e che «esperienza tecnica e neutralità pongono i settori economici regolati al riparo da inframettanze politiche, tutte le volte in cui il legislatore decida di istituire un regolatore riconducibile al genus dell'amministrazione indipendente»<sup>82</sup>. Tali statuizioni del Consiglio di Stato risultano in linea con quanto affermato dalla Corte di giustizia nella precitata sentenza *Europa Way Srl* del 2017 in merito alla necessità di preservare l'indipendenza delle ANR, anche se in quel caso si ragionava sul diverso tema della possibilità per il legislatore nazionale di annullare una procedura per l'assegnazione di radiofrequenze in corso di svolgimento organizzata dall'ANR competente.

L'ulteriore aspetto che il Consiglio di Stato sembra ora propenso a sancire con sentenza è che quelle stesse disposizioni di diritto dell'Unione sull'indipendenza delle ANR che hanno fondato le sue pregresse decisioni non consentono neanche di creare ostacoli alla creazione della cosiddetta

<sup>81</sup> Cons. Stato, sez. III, 16 ottobre 2018, n. 5929.

<sup>82</sup> Cons. Stato, sez. II, 25 febbraio 2011, n. 872, in relazione alla vicenda del "beauty contest".

“democrazia economica” tramite previsioni legislative che comprimono gli spazi valutativi dell’AGCOM e introducono elementi di eteronomia nel mercato concorrenziale. Detta democrazia, infatti, si realizza tramite la pari possibilità di concorrere all’interno del mercato; tale possibilità appare alterata, nel caso di specie, sia dall’incidenza della decisione politico-legislativa sulla determinazione del fattore di conversione sia dai criteri e principi dettati per la conversione/assegnazione e per la procedura onerosa, parimenti espressione di una scelta eteronoma rispetto alle determinazioni neutre dell’AGCOM.

Prima di poter giungere a tale conclusione, occorre attendere la sentenza interpretativa della Corte di giustizia. Le probabilità che la Corte si esprima in maniera conforme alla posizione del Consiglio di Stato appena illustrata sono alte. D’altronde, non sarebbe la prima volta che la Corte rileva le incongruenze del sistema italiano in materia di telecomunicazioni (oggi “comunicazioni elettroniche”). Oltre a quanto statuito nella succitata sentenza *Europa Way Srl* del 2017, anche nella sentenza *Persidera* del 2017<sup>83</sup> sono state dichiarate incompatibili con il diritto dell’Unione alcune disposizioni nazionali che, ai fini della conversione delle reti analogiche esistenti in reti digitali, tenevano conto delle reti analogiche illegittimamente esercite, in quanto esse portavano a prolungare o addirittura a rafforzare un vantaggio concorrenziale indebito<sup>84</sup>, nonché le disposizioni che in applicazione di un medesimo criterio di conversione, determinavano, nei confronti di un operatore, una riduzione del numero di reti digitali assegnate rispetto al numero di reti analogiche esercite in proporzione più elevata di quella imposta ai suoi concorrenti<sup>85</sup>. Inoltre, è stata anche ritenuta sproporzionata la disposizione che consentiva di assegnare, agli operatori già presenti sul mercato, un numero di radiofrequenze digitali superiore a quello sufficiente per assicurare la continuità della loro offerta televisiva<sup>86</sup>.

## 6. Conclusioni

Le autorità amministrative nazionali di controllo o di regolamentazione assumono un ruolo centrale nella tutela dei diritti fondamentali dei cittadini. Le ANR, in particolare, hanno il compito di correggere i fallimenti del mercato e realizzare obiettivi di interesse generale, ossia assicurare una concorrenza non falsata e

<sup>83</sup> Corte giust. 26 luglio 2017, C-112/16, *Persidera SpA/Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Ministero dello Sviluppo Economico delle Infrastrutture e dei Trasporti*.

<sup>84</sup> *Ivi*, punto 45.

<sup>85</sup> *Ivi*, punto 49.

<sup>86</sup> *Ivi*, punto 53.

salvaguardare i diritti dei consumatori. Nello svolgere tali funzioni, esse devono assolutamente agire in maniera indipendente dal potere politico, in modo tale da poter gestire in maniera oggettiva i rilevanti interessi economici in gioco. Come rimarcato anche dall'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni nel suddetto caso *Europa Way Srl*, infatti, «[i]l principio dell'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione [...] riveste un'importanza fondamentale nel nuovo quadro normativo comune [...]»<sup>87</sup>. Consapevole di questo aspetto, il legislatore dell'Unione ha introdotto nel diritto dell'Unione europea secondario varie disposizioni specifiche a tutela dell'indipendenza di tali autorità.

Tuttavia, nella prassi, tali norme vengono talvolta svuotate di significato, tramite l'esercizio di influenze e intrusioni politiche nell'organizzazione e nel funzionamento delle ANR nonché nella predisposizione e nello svolgimento dei procedimenti indetti sulla base di loro atti regolatori.

Ad esempio, in Italia, come visto, vi sono stati diversi interventi del Governo e del legislatore che, di fatto, hanno inciso gravemente sulla discrezionalità tecnica di cui dovrebbe godere l'AGCOM. In particolare, ciò è avvenuto innanzitutto nel contesto della più risalente vicenda della selezione degli operatori per l'assegnazione delle radiofrequenze digitali, in cui il Governo e il legislatore italiano hanno illegittimamente sospeso e poi annullato la procedura organizzata sotto la responsabilità dell'AGCOM (come accertato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Europa Way Srl* del 2017). Più di recente, sembra esserci stato un nuovo atto politico intrusivo in relazione alla vicenda dell'assegnazione dell'ulteriore capacità trasmissiva disponibile in ambito nazionale, con particolare riguardo alla determinazione del tipo di procedura da seguire per l'assegnazione, dei soggetti legittimati a parteciparvi e del criterio di aggiudicazione.

A fronte dei reiterati e ostinati tentativi politici di incidere su scelte che dovrebbero essere meramente tecniche e oggettive, la sentenza pregiudiziale richiesta dal Consiglio di Stato alla Corte di giustizia in merito a quest'ultimo caso è grandemente attesa, in quanto servirà a chiarire un altro connotato essenziale dell'indipendenza delle ANR nel settore delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica. In tale settore, la presenza di ANR indipendenti è imprescindibile perché «intesa [...] ad assicurare la realizzazione duratura [...] di un autentico mercato interno, nel quale vengano garantite l'apertura del mercato e la leale concorrenza e venga rafforzato, quale uno dei valori fondamentali per la convivenza in una società democratica, il pluralismo dei mezzi di informazione»<sup>88</sup>, salvaguardato dall'art. 11, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali.

<sup>87</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, del 30 marzo 2017, C-560/15, *Europa Way Srl e Persidera SpA/Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e a.*, punto 48.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

### **Abstract (ita)**

Nel presente scritto, si intende innanzitutto approfondire il concetto di “indipendenza dell’amministrazione” nel diritto dell’Unione europea, al fine di valutare quale sia stato il suo impatto sulla costituzione delle autorità amministrative indipendenti. In seguito, saranno ricostruiti sia il quadro normativo dell’Unione sull’indipendenza di tali autorità sia la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al particolare aspetto della loro indipendenza dal potere politico. Infine, sarà dato conto del più recente contenzioso italiano in materia di indipendenza delle autorità di regolamentazione nel settore delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, e sarà valutato quale potrebbe essere l’ulteriore connotato di tale indipendenza ad essere chiarito dalla Corte di giustizia, adita con l’ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 10416/2023 dal Consiglio di Stato italiano.

### **Abstract (eng)**

In this paper, the concept of ‘independence of the administration in EU will be explored in order to assess its impact on the establishment of the independent administrative authorities. Then, both the Union’s legal framework on the independence of these authorities and the case law of the Court of Justice on the particular aspect of their independence from the political power will be reconstructed. Finally, the most recent Italian litigation on the independence of regulatory authorities in the sector of electronic communication networks and services will be taken into account, and it will be assessed what could be the next essential feature of this form of independence that will be clarified following the preliminary reference made by the Italian Council of State with Order No. 10416/2023.

LA DICHIARAZIONE UNIVERSALE DEI DIRITTI UMANI  
E L'UNIONE EUROPEA. BREVI RIFLESSIONI IN OCCASIONE  
DEL 75° ANNIVERSARIO DELLA DICHIARAZIONE

**Paola Mori\***

SOMMARIO: 1. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e la sua influenza sul diritto primario dell'Unione. – 2. La rilevanza dei diritti umani nell'azione esterna dell'Unione. – 3. *Segue*: e sull'attività legislativa. – 4. Il ruolo della Dichiarazione nella rilevazione del contenuto dei diritti fondamentali: nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 5. *Segue*: e nelle conclusioni degli Avvocati generali.

1. *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e la sua influenza sul diritto primario dell'Unione*

La Dichiarazione Universale dei diritti umani, di cui il 10 dicembre 2023 si è celebrato il settantacinquesimo anniversario della sua adozione, ha indubbiamente rappresentato un momento epocale nella comunità internazionale, accendendo un faro di civiltà e di speranza dopo gli orrori della Seconda guerra mondiale. E nonostante la realtà internazionale non cessi di essere caratterizzata da violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, la Dichiarazione sicuramente ha avuto un ruolo propulsivo per la definizione di standard normativi di natura convenzionale in materia, a portata tanto universale quanto regionale<sup>1</sup>. Certamente grande è stato il suo contributo allo sviluppo e alla democraticizzazione del diritto internazionale.

Pur non avendo valore vincolante e pur non essendo stata votata da un gruppo, minoritario, ma significativo, di 10 Stati sui 58 votanti dell'epoca (quelli del blocco sovietico oltre all'Arabia Saudita e al Sudafrica), ideologicamente critici, la Dichiarazione, anche in ragione della modernità che hanno conservato i suoi contenuti, ha costituito e ancor'oggi costituisce la

\* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Catanzaro.

<sup>1</sup> Si pensi al Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali e al Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966, e a varie altre convenzioni riguardanti categorie di diritti o di persone particolarmente vulnerabili.

base ideale per lo sviluppo degli strumenti di tutela dei diritti umani internazionali, europei e nazionali.

Solo per rimanere in Europa basti pensare che appena due anni dopo la sua proclamazione, il 4 novembre 1950, è stata firmata la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito: Convenzione europea dei diritti dell'uomo) che, attraverso successive modifiche ed integrazioni, ha dato vita ad un sistema condiviso di valori e di diritti fondamentali che rappresentano la condizione imprescindibile di appartenenza alla comunità democratica degli Stati europei; ovvero a quello che già nel 1961, nel famoso caso di *Fundres*<sup>2</sup>, venne definito dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa come «l'ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe» e che ora il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea definisce «il patrimonio spirituale e morale» dei popoli d'Europa.

Nell'Unione europea il carattere primordiale e costitutivo di questi valori, in particolare del rispetto dei diritti umani, trova innanzitutto riconoscimento, oltre che nel già menzionato Preambolo della Carta, anche nel Preambolo del Trattato sull'Unione europea, là dove gli Stati membri confermano «il proprio attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto». L'art. 2 TUE, poi, enumera tra i valori su cui si fonda l'Unione, valori che sono comuni agli Stati membri, il «rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze». A questo proposito vale la pena di sottolineare che la Corte di giustizia ha recentemente stabilito che «l'articolo 2 TUE non costituisce una mera enunciazione di orientamenti o di intenti di natura politica, ma contiene valori che ... sono concretizzati in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri»<sup>3</sup>. Come è noto, l'accettazione e il rispetto di tali valori e diritti costituisce tanto un parametro dell'azione dell'Unione e delle sue istituzioni, nella propria attività interna, come nella sua proiezione internazionale, quanto una condizione imprescindibile per l'adesione e l'appartenenza all'Unione. E il mancato rispetto di essi da parte di uno Stato membro può dar luogo a varie forme di reazione istituzionale anche a carattere sanzionatorio.

Evidente è l'influsso esercitato dalla Dichiarazione universale nella for-

<sup>2</sup> Decisione della Commissione europea dei diritti dell'uomo, dell'11 gennaio 1961, ric. n. 788/60, *Austria c. Italia*.

<sup>3</sup> Corte giust. 16 febbraio 2022, C156/21, *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, punto 232.

mulazione di questa successione di enunciati. Ma esso appare ancor più manifesto quando si consideri che l'art. 3, par. 5, TUE afferma che l'Unione contribuisce «alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite»; affermazione che chiaramente racchiude il richiamo, sia pur implicito, alla Dichiarazione universale. E ciò non solo sotto il profilo più propriamente contenutistico, ma anche in quella prospettiva promozionale ed evolutiva enunciata nel Preambolo della Dichiarazione, che poi trova origine nell'obbligo imposto agli Stati dagli articoli 55 e 56 della Carta delle Nazioni Unite di impegnarsi per «il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione». Riflette tale impegno l'art. 21, par. 1, TUE che definisce i principi ai quali si deve informare «l'azione dell'Unione sulla scena internazionale, ... e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo». Tra questi, oltre alla democrazia e allo Stato di diritto, «l'universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», i principi di uguaglianza e solidarietà e il rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale.

In questo quadro giuridico, la solenne proclamazione il 7 dicembre 2000 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da parte del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione ha rappresentato la codificazione costituzionale di quel corpo di diritti fondamentali della persona che sono enunciati in fonti diverse, tradizioni costituzionali comuni, norme dei Trattati istitutivi, obblighi internazionali degli Stati membri, tra cui in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e che è il frutto di un'evoluzione politica, normativa e giurisprudenziale, avviatasi da più di mezzo secolo.

L'adozione della Carta e il successivo riconoscimento ad essa dello stesso valore giuridico dei Trattati effettuato dal Trattato di Lisbona nell'art. 6, par. 1, TUE hanno prodotto il risultato di creare uno strumento che lungi dal limitarsi a rendere «tali diritti più visibili», come pure si propone il suo Preambolo, ha piuttosto determinato l'effetto di «trasformare» questi diritti inserendoli in un *corpus* giuridico unitario dotato delle specificità proprie del diritto dell'Unione: autonomia, primato e, ove ne ricorrano i requisiti, effetto diretto delle sue norme. Come posto in rilievo dalla Corte di giustizia la Carta è al centro del «quadro costituzionale» dell'Unione, ha un valore costituzionale preminente nel sistema giuridico dell'Unione<sup>4</sup>. Questo compor-

<sup>4</sup> Corte giust. parere 18 dicembre 2014, 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*.



ta che il rispetto dei diritti riconosciuti dalla Carta costituisce il presupposto per la legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione. Non solo ma i diritti in essa sanciti costituiscono anche un criterio ermeneutico al quale conformare l'interpretazione delle norme dei Trattati istitutivi.

## 2. *La rilevanza dei diritti umani nell'azione esterna dell'Unione*

Sebbene la Dichiarazione universale dei diritti umani sembri svolgere un ruolo marginale rispetto ad altri strumenti internazionali, rimanendo in qualche modo sullo sfondo, ciò nondimeno essa ha esercitato e continua ad esercitare un'influenza significativa sull'azione dell'Unione.

Questo è particolarmente vero nell'ambito delle relazioni esterne. L'impegno dell'Unione a promuovere i valori universali dei diritti umani e della democrazia è confermato nelle conclusioni del Consiglio del 18 novembre 2020, con le quali è stato adottato il Piano d'azione dell'UE per i diritti umani e la democrazia 2020-2024<sup>5</sup>. Il Piano, alla luce dei risultati dei piani d'azione precedenti, individua le priorità e le azioni chiave dell'UE e dei suoi Stati membri nella promozione e difesa dei diritti umani e della democrazia in tutti i settori della sua azione esterna. In questa prospettiva, il Piano d'azione si propone di contribuire all'attuazione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, sottoscritta il 25 settembre 2015 dai Paesi membri delle Nazioni Unite e approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU.

L'impegno «inequivocabile a rispettare, proteggere e garantire tutti i diritti umani e a difenderne l'universalità» è del resto annualmente ribadito dal Consiglio nelle conclusioni sulle priorità dell'UE nelle sedi delle Nazioni Unite competenti in materia di diritti umani. In particolare, nelle conclusioni del 20 febbraio 2023, il Consiglio, ricordando il settantacinquesimo anniversario della Dichiarazione, ha ribadito l'impegno inequivocabile dell'Unione «a rispettare, proteggere e garantire tutti i diritti umani e a difenderne l'universalità».

Strumento di elezione per la realizzazione degli obiettivi in materia di diritti umani e democrazia è la c.d. politica di condizionalità che comporta l'inserimento negli accordi commerciali e nei vari accordi di associazione e cooperazione tra l'UE e i Paesi terzi o le organizzazioni regionali di una clau-

<sup>5</sup> Conclusioni del Consiglio, del 18 novembre 2020, *EU Action Plan on Human Rights and Democracy 2020-2024*.

sola sui diritti umani che stabilisce come “elemento essenziale” il rispetto di tali diritti. La clausola costituisce la base per l’impegno e il dialogo tra le Parti e consente anche di imporre misure, come la riduzione e la sospensione della cooperazione, in caso di gravi violazioni dei diritti umani e dei principi democratici.

### 3. Segue: e sull’attività legislativa

Anche sul piano dell’azione interna dell’Unione la tutela dei diritti umani fondamentali si riflette su tutta la sua attività legislativa e operativa. Già da prima della proclamazione della Carta, e con ancora maggior sistematicità a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la produzione normativa europea viene regolarmente sottoposta, in particolare nell’ambito della consueta valutazione d’impatto della Commissione sulle sue proposte legislative, alla verifica del livello d’interferenza con i diritti fondamentali potenzialmente interessati e della necessità e proporzionalità di tale interferenza in termini di opzioni strategiche e di obiettivi prefissati; e una volta che la proposta o il progetto è definito, ne viene misurata, nel quadro del controllo sulla sua legalità, la compatibilità con i diritti fondamentali e la Carta<sup>6</sup>.

Orientamento analogo è stato preso dai co-legislatori dell’Unione. Il Consiglio ha adottato delle *Guidelines on methodological steps to be taken to check fundamental rights compatibility at the Council preparatory bodies*<sup>7</sup>, allo scopo di fornire gli indirizzi necessari a identificare e trattare le questioni attinenti ai diritti fondamentali che sorgono in relazione alle proposte legislative in discussione. E oltre alla Carta, tra le fonti internazionali di riferimento vi è menzionata proprio la Dichiarazione universale dei diritti umani.

Anche il Parlamento europeo nell’art. 39 del proprio regolamento interno, specificamente intitolato Rispetto dei diritti fondamentali, stabilisce al par. 1, che «in tutte le sue attività il Parlamento rispetta pienamente i diritti, le libertà e i principi riconosciuti dall’articolo 6 del trattato sull’Unione europea e i valori sanciti all’articolo 2 del trattato»; inoltre il successivo par. 2, consente il rinvio per parere alla Commissione parlamentare competente per la tutela dei diritti fondamentali di ogni proposta legislativa (o parte di essa) che la Commissione competente per materia, un gruppo politico o un certo

<sup>6</sup> V. comunicazione della Commissione, del 19 ottobre 2010, Strategia per un’attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, COM(2010) 573 final, p. 6 ss.

<sup>7</sup> Doc. 5377/15, del 20 gennaio 2015.

numero di deputati ritengano che non rispetti uno o più diritti della Carta.

In realtà, le tematiche relative alla tutela dei diritti fondamentali negli ultimi decenni hanno conosciuto notevole incremento nei vari settori di azione dell'Unione. Pur nell'assenza di una competenza generale dell'Unione in materia e fermo restando che dalla Carta, come precisato dal suo art. 51, par. 2, non possono ricavarsi nuove competenze in capo all'Unione, questa, nell'ambito delle sue competenze materiali, ha promosso politiche e iniziative legislative su temi sensibili come la protezione dei dati personali, i diritti dei minori, la parità tra uomini e donne, la non discriminazione.

Si pensi, ad esempio, alle c.d. direttive antidiscriminatorie – la direttiva 2000/43 del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, e la direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – nel preambolo delle quali viene ricordato che «il diritto all'uguaglianza dinanzi alla legge e alla protezione di tutte le persone contro le discriminazioni costituisce un diritto universale riconosciuto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo», oltre che da successive convenzioni internazionali in materia.

Più recentemente, la c.d. direttiva intersezionale, cioè la direttiva (UE) 2023/970 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 maggio 2023, volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione, richiama al considerando n. 8 «l'art. 23 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo che stabilisce che ogni individuo, senza discriminazione, ha diritto ad eguale retribuzione per eguale lavoro, alla libera scelta dell'impiego, a giuste e soddisfacenti condizioni di lavoro e a una retribuzione equa che assicuri un'esistenza conforme alla dignità umana».

Ancora è il caso del regolamento (UE) 2019/125 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 gennaio 2019, relativo al commercio di determinate merci che potrebbero essere utilizzate per la pena di morte, per la tortura o per altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti (codificazione): esso al considerando n. 3 richiama l'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, insieme all'art. 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e all'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, i quali tutti contengono «un'incondizionata proibizione generale della tortura e dei trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti».

4. *Il ruolo della Dichiarazione nella rilevazione del contenuto dei diritti fondamentali: nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia i riferimenti alla Dichiarazione universale non sono invece frequenti. Probabilmente questo può trovare spiegazione nel fatto che per la ricostruzione del contenuto dei diritti fondamentali quali principi generali del diritto dell'Unione la Corte, accanto alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ritiene preferibile richiamare «i trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito»<sup>8</sup>, come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, o comunque altri strumenti convenzionali riguardanti specifiche categorie di diritti o di persone particolarmente vulnerabili. Non a caso, fatta eccezione per le Spiegazioni relative all'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dove è espressamente richiamato il Preambolo della Dichiarazione che consacra la dignità umana in quanto «base stessa dei diritti fondamentali», rispetto ad altri diritti le Spiegazioni fanno prevalentemente riferimento a convenzioni internazionali ratificate da tutti gli Stati membri, tra le quali evidentemente occupa un posto preminente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Merita però ricordare la sentenza nel caso *Rottmann*<sup>9</sup> nella quale la Corte di giustizia ha per la prima volta affrontato la questione relativa agli effetti sullo *status* di cittadinanza europea della situazione di apolidia di un individuo conseguente alla perdita della cittadinanza di uno Stato membro. La Corte ha ricordato che «la determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza rientra, in conformità al diritto internazionale, nella competenza di ciascuno Stato membro» e che, pertanto, questi ben possono revocare ad un cittadino dell'Unione la sua cittadinanza, conferita per naturalizzazione, qualora egli l'abbia ottenuta in maniera fraudolenta. Tuttavia, essa ha anche precisato che «il fatto che una materia rientri nella competenza degli Stati membri non impedisce che, in situazioni ricadenti nell'ambito del diritto dell'Unione, le norme nazionali di cui trattasi debbano rispettare quest'ultimo» e che, di conseguenza, la decisione di revoca della cittadinanza, in quanto porti all'apolidia del soggetto interessato e alla perdita dello *status* di cittadino dell'Unione, deve essere giustificata e proporzionata in rapporto agli elementi specifici del caso. Ebbene, significativamente, la Corte afferma che «tale conclusione è ... conforme al principio di diritto internazionale generale secondo cui nessuno può essere arbitrariamente privato

<sup>8</sup> Corte giust. 14 maggio 1974, 4/73, *Nold*, punto 13.

<sup>9</sup> Corte giust. 2 marzo 2010, C-135/08.

della propria cittadinanza, il quale viene ripreso all'art. 15, n. 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e all'art. 4, lett. c), della Convenzione europea sulla cittadinanza. Infatti, allorché uno Stato priva una persona della sua cittadinanza a motivo della condotta fraudolenta, legalmente accertata, da essa posta in essere, una simile privazione non può essere considerata come un atto arbitrario».

In questo caso il richiamo esplicito da parte della Corte di giustizia alla Dichiarazione trova probabilmente la sua ragion d'essere nell'opportunità di rafforzare la propria argomentazione per affermare la propria competenza a sindacare, nelle situazioni ricadenti nell'ambito del diritto dell'Unione e limitatamente al rispetto di quest'ultimo, le modalità con cui gli Stati membri esercitano le loro prerogative in una materia, quale quella dell'acquisto e della perdita della cittadinanza, di esclusiva competenza nazionale e rispetto alla quale la Carta dei diritti fondamentali non contiene alcuna previsione.

Un'affermazione simile, seppur di incerto fondamento, si trova anche nella sentenza di primo grado nel caso *Kadi*<sup>10</sup>, riguardante la validità di un regolamento comunitario con cui si stabilivano misure restrittive, in particolare il congelamento di capitali, adottate in attuazione di una risoluzione del Consiglio di sicurezza nei confronti di persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai talebani. Nella sentenza il Tribunale dell'Unione ha qualificato le norme internazionali che riguardano la tutela universale dei diritti dell'uomo come norme di *ius cogens* in quanto esse costituiscono «principi inderogabili del diritto internazionale consuetudinario» e ha richiamato l'art. 17 della Dichiarazione sul diritto di proprietà. Non è questa la sede per discutere della fondatezza di queste affermazioni anche perché, come è noto, la sentenza del Tribunale, che ha respinto il ricorso di annullamento introdotto dal sig. Kadi, è stata poi annullata dalla Corte la quale ha riconosciuto che il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva è fondamentale e preminente anche sulle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite<sup>11</sup>.

##### 5. Segue: e nelle conclusioni degli Avvocati generali

Più frequenti sono invece i richiami alla Dichiarazione nelle conclusioni degli Avvocati generali. Questi sembrano aver fatto ampio ricorso ad essa,

<sup>10</sup> Tribunale 21 settembre 2005, T-315/01.

<sup>11</sup> Corte giust. 3 settembre 2008, C-402/05 P e C-415/05 P.

da sola o insieme ad altri strumenti internazionali, per ricostruire la portata di principio generale di singoli diritti o anche dei diritti enunciati nella Carta dei diritti fondamentali, soprattutto quando a questa non era stato ancora attribuito, con il Trattato di Lisbona, valore giuridico vincolante.

Ricordo, ad esempio, le conclusioni dell'Avvocato generale Stix-Hackl, nel caso *Omega*<sup>12</sup>, relativo ad una controversia originata da un provvedimento dell'autorità di polizia tedesca, con il quale era stato proibito un gioco che comportava azioni omicide simulate, in quanto ritenuto lesivo dei valori etici fondamentali e della dignità della persona riconosciuta dalla Costituzione tedesca. Nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale sottolineava che «l'idea della tutela della dignità umana ha, soprattutto grazie al movimento per i diritti umani della seconda metà del XX secolo, trovato cittadinanza nel diritto positivo sia internazionale che interno, laddove tale ricezione ha assunto forme tra loro molto diverse. Sia la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 che i due Patti delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali, contengono dunque, nei rispettivi preamboli, il riconoscimento del valore insito in ogni essere umano quale fondamento dei diritti dell'uomo, senza tuttavia far assurgere la dignità umana ad autonomo diritto umano. Nella CEDU – che tuttavia fa riferimento nel suo preambolo alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo – la dignità umana non trova assolutamente alcuna esplicita menzione. Tuttavia, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il rispetto della dignità e libertà dell'uomo è fondamento e motivo conduttore della Convenzione».

O ancora le conclusioni nel caso *Pupino*<sup>13</sup>, riguardanti una questione di interpretazione della decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, in cui, per definire la portata dell'obbligo degli Stati membri di garantire una particolare tutela per i bambini, l'Avvocato generale Kokott ha esaminato i vari strumenti internazionali rilevanti in materia, primo tra tutti la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, ai sensi del cui art. 25 l'infanzia ha diritto a speciali cure ed assistenza.

Di particolare interesse sono poi le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano nel caso *BECTU*<sup>14</sup>, il primo di una lunga serie di casi<sup>15</sup> nei quali la

<sup>12</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Stix-Hackl, del 18 marzo 2004, C-36/02.

<sup>13</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, del 16 giugno 2005, C-105/03.

<sup>14</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Tizzano, dell'8 febbraio 2001, C-173/99.

<sup>15</sup> Da ultimo si veda Corte giust. 9 novembre 2023, da C-271/22 a C-275/22, *Keolis Agen*.

Corte si è trovata ad affrontare la questione del diritto alle ferie annuali retribuite, garantito dall'art. 7 della direttiva del Consiglio 23 novembre 1993, 93/104/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, poi sostituita dalla direttiva 2003/88/CE, e dall'art. 31, par. 2, della Carta. L'Avvocato generale per sostenere la sua argomentazione parte "da lontano", ritenendo «che occorra innanzitutto inquadrare il diritto alle ferie annuali retribuite nel più generale contesto dei diritti sociali fondamentali»; e a questo scopo egli richiama tutta una serie di strumenti internazionali ed europei proprio a partire dalla Dichiarazione universale il cui art. 24 riconosce il diritto al riposo, incluse ragionevoli limitazioni delle ore di lavoro e un congedo periodico retribuito.

Queste conclusioni di Tizzano sono particolarmente significative per un duplice ordine di motivi. In primo luogo, sotto il profilo del metodo ricostruttivo del contenuto del principio, in un momento in cui la Carta non era ancora vincolante. In secondo luogo, perché da questo caso ha inizio un percorso giurisprudenziale evolutivo che porterà la Corte di giustizia ad attribuire alla Carta, una volta ottenuto lo stesso valore giuridico dei Trattati, un ruolo centrale nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Riconoscendo alla Carta «l'evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori – Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche – della scena comunitaria», l'Avvocato generale Tizzano anticipava, infatti, quella giurisprudenza che porterà la Corte, a partire dal parere 2/13, a consacrare il ruolo costituzionale della Carta e a riconoscere alle sue disposizioni che sanciscono un diritto di «carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato» l'idoneità a produrre effetti diretti, anche orizzontali e cioè nei rapporti tra privati<sup>16</sup>.

In realtà, la Dichiarazione ha mantenuto la propria autorevolezza come punto di riferimento per la determinazione del contenuto dei diritti fondamentali anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'assunzione da parte della Carta dello stesso valore giuridico dei Trattati.

Ancora una volta ne sono testimonianza le conclusioni degli Avvocati generali, come quelle rese dall'Avvocato generale Mengozzi nel caso *Noorzia*<sup>17</sup>, in cui si affrontava l'interpretazione di una norma contenuta nella direttiva 2003/86/CE, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, norma che ha per obiettivo specifico di evitare i matrimoni forzati. Nelle sue conclusioni, infatti, l'Avvocato generale esordisce in modo inequivocabile con queste parole: «Il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso

<sup>16</sup> Corte giust. 6 novembre 2018, C-569/16, *Bauer*; in pari data, C-570/16, *Willmeroth*, C-619/16, *Kreuziger* e C-684/16, *Max-Planck*.

<sup>17</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Mengozzi, del 30 aprile 2014, C338/13.



dei futuri coniugi". Così recita l'articolo 16, paragrafo 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo».

E confermano ugualmente l'attualità dei contenuti della Dichiarazione le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar nel caso *EGEDA e a.*<sup>18</sup> sulla questione di interpretazione di una disposizione della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. In apertura delle stesse, infatti, viene espressamente richiamato l'art. 27 della Dichiarazione, nel primo comma del quale è affermato il diritto di prendere parte alla vita culturale e artistica e di fruire del progresso scientifico, mentre al secondo è riconosciuto il diritto alla tutela delle opere dell'ingegno. In proposito l'Avvocato generale osserva che questa disposizione «riflette quello che è forse il dilemma principale del diritto d'autore, vale a dire conciliare l'esigenza di proteggere la proprietà intellettuale di autori, produttori e interpreti con l'accesso libero e universale alla cultura. È precisamente questo equilibrio che il legislatore tenta di salvaguardare, assoggettando il diritto d'autore a determinate limitazioni o eccezioni».

<sup>18</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Szpunar, del 19 gennaio 2016, C-470/14.

**Abstract (ita)**

In occasione del settantacinquesimo anniversario dell'adozione della Dichiarazione universale dei diritti umani, l'A. esamina l'influenza che essa ha esercitato sull'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Nella prima parte viene esaminato l'impatto che la Dichiarazione ha avuto sul quadro normativo dell'Unione e, successivamente, sulla giurisprudenza della Corte di giustizia.

**Abstract (eng)**

On the 75th anniversary of the adoption of the Universal Declaration of Human Rights, the author examines its impact on the legal order of the European Union. The article looks first at the influence of the Declaration on the Treaties and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and then at the case-law of the Court.

## **Note e commenti**



IL RAPPORTO TRA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA E CORTI  
COSTITUZIONALI NAZIONALI: NOTE A MARGINE DELLE SEN-  
TENZE 177 E 178/2023 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

**Maria Chiara Accardo\***

SOMMARIO: 1. Introduzione: le sentenze 177 e 178/2023 della Corte costituzionale e il *dialogo* con la Corte di giustizia europea. – 2. La formulazione dei principi generali del diritto comunitario ad opera della Corte di giustizia. – 3. Il rinvio pregiudiziale *ex* articolo 267 TFUE come strumento di dialogo: il ruolo delle Corti costituzionali nazionali. – 4. Il superamento del *self-restraint*, la sentenza 269 e l'ordinanza 24 del 2017. – 5. Dopo l'*annus horribilis*: una nuova via. – 6. Il *background* fattuale e giuridico: brevi cenni alla disciplina del mandato d'arresto europeo. – 7. La prima rimessione alla Corte di giustizia (ordinanza 216/2021). – 8. La seconda rimessione (ordinanza 217/2021). Cenni. – 9. Conclusioni: per un nuovo *assetto giudiziario* improntato alla dialettica.

1. *Introduzione: le sentenze 177 e 178/2023 della Corte costituzionale e il dialogo con la Corte di giustizia europea*

In principio era un'ambizione, quella, come è stato di recente autorevolmente notato, «in tempi di guerra, di conseguire presto la pace per un ordine internazionale rispettoso delle persone e dei popoli, [...] in tempi di pace, di preparare la pace del futuro, il suo consolidamento per la giustizia tra le nazioni e fra i popoli»<sup>1</sup>. Nel tempo quell'ambiziosa visione europeista, che comportava porre al centro di un nuovo ordine *continentale* l'individuo, è divenuta necessità e – fattasi intanto ordinamento – ha saputo mostrare una intrinseca natura adattiva rispetto alle vicende storiche che avrebbe attraversato. E ciò sia in termini strutturali che funzionali: infatti, l'assetto di quella che conosciamo come Unione europea (UE) si è progressivamente distaccato dal primigenio schema commercialistico delle tre Comunità (economica, dell'acciaio, del nucleare) preferendo fondarsi su (e, nel contempo,

\* Dottoressa in Giurisprudenza.

<sup>1</sup> Tratto dal discorso tenuto dal Presidente della Repubblica Sergio Mattarella nell'ambito del convegno «Il sogno europeista è nato qui. Una sfida da completare», Torre Pellice, 30 agosto 2023, in occasione della inaugurazione della targa commemorativa in onore di Altiero Spinelli.

fondando) un saldo ed ampio sistema valoriale che oggi prevede, come noto, il trasferimento di porzioni di sovranità statale a favore delle Istituzioni sovranazionali.

Si pone pertanto la questione del rapporto tra (il nuovo) ordinamento dell'Unione europea e (i vecchi) ordinamenti nazionali: esso, come è evidente e noto, ha avuto negli anni ed ha nel presente fasi alterne, l'integrazione tra sistemi giuridici non segue infatti percorsi lineari, affidata come è a forze centripete, pur di origine e momento diversi, le quali di volta in volta provano a fornire unità ad un sistema che tuttavia rimane inevitabilmente esposto ad impulsi contrari di natura centrifuga.

Un robusto contributo alla costruzione di un diritto dell'Unione europea e pertanto allo stesso attuale assetto istituzionale dell'Unione<sup>2</sup> è nei decenni venuto dalla Corte di giustizia, la cui giurisprudenza è da sempre volta in effetti ad assicurare «la coerenza sistematica dei Trattati»<sup>3</sup>: ben lungi dall'essere mera *bouche de la loi* europea, essa si impegna costantemente in una attività ermeneutica – in particolare delle norme dei Trattati – che finisce per diventare essa stessa parte integrante del sistema che si propone di unificare.

Proprio tale coerenza, in realtà, vorrebbe emergere dalle pronunce oggi in commento. Infatti, lo spunto dell'indagine ci viene dal deposito, avvenuto in data 28 luglio 2023, di due sentenze delle Corte costituzionale italiana – le nn. 177/2023 e 178/2023<sup>4</sup> – in tema entrambe di mandato d'arresto europeo (MAE) e rispetto dei diritti fondamentali della persona: infatti, le due pronunce sono il portato di un *dialogo* tra la Consulta e la Corte di giustizia dell'Unione europea a seguito della rimessione a questa da parte della prima di una domanda pregiudiziale circa taluni profili della disciplina, appunto, del MAE<sup>5</sup>.

Sinteticamente, le questioni attenevano la possibilità di rifiutare la consegna, nell'un caso, di una persona affetta da patologie croniche incompatibili con la custodia in carcere (è la questione decisa con sentenza n. 177);

<sup>2</sup> Assetto che trova la propria base giuridica nei trattati sull'Unione europea (TUE) e sul suo funzionamento (TFUE).

<sup>3</sup> Corte giust. 22 febbraio 1990, 221/88, *Busseni*, punto 16.

<sup>4</sup> Corte Cost. sentt. 28 luglio 2023, nn. 177 e 178.

<sup>5</sup> Si vedano sulla specifica questione i contributi di A. DAMATO, *Mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali: le ordinanze n. 216/2021 e n. 217/2021 della Corte costituzionale*, in *Quaderni AISDUE*, n. 1, 2022, e da C. AMALFITANO, *Mandato di arresto europeo e garanzie di risocializzazione del condannato: tutela anche all'extracomunitario radicato nello Stato di esecuzione*, *ivi*, 2023.

nell'altro, di un cittadino di un Paese terzo, ma stabilmente radicato in uno Stato (l'Italia) membro dell'Unione europea (caso deciso con sentenza n. 178).

In una materia «oggetto di completa armonizzazione da parte del diritto europeo»<sup>6</sup> ed in ragione dei due rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia<sup>7</sup> e delle relative pronunce,<sup>8</sup> la Corte costituzionale italiana ha così potuto, nel primo caso – ritenuti i principi di diritto configurati dai giudici di Lussemburgo idonei a fornire adeguata tutela al diritto fondamentale alla salute – dichiarare infondate le questioni di legittimità sollevate avverso la norma nazionale sul mandato d'arresto europeo<sup>9</sup> nella parte in cui non prevede la possibilità di rifiutare la consegna di persona affetta da patologie croniche incompatibili con la custodia cautelare in carcere<sup>10</sup>; nel secondo, invece, dichiararla illegittima, «nella parte in cui non prevede che la Corte d'appello possa rifiutare la consegna di una persona ricercata cittadina di uno Stato terzo, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano»<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Corte cost. ord. 18 novembre 2021, n. 216, punto 7.3; ord. 23 settembre 2021, n. 217, punto 7.

<sup>7</sup> Vedasi nota che precede.

<sup>8</sup> Si tratta di Corte giust. 18 aprile 2023, C-699/21, *E. D.L.* e 6 giugno 2023, C-700/21, *O.G.*

<sup>9</sup> V. l. 22 aprile 2005, n. 69, *Disposizioni per conformare il diritto interno alla 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.*

<sup>10</sup> Come ipotizzato dalla Corte costituzionale, la Corte di giustizia ha stabilito che, in ipotesi eccezionali di grave rischio per la salute della persona, i giudici che ricevono la richiesta devono sollecitare le autorità giudiziarie dello Stato richiedente a trasmettere informazioni sulle condizioni nelle quali la persona verrà detenuta o ospitata, in modo da assicurare adeguata tutela alla sua salute, eventualmente anche collocandola in una struttura non carceraria. Soltanto nell'ipotesi in cui le interlocuzioni non consentano di individuare una simile soluzione, l'esecuzione del mandato d'arresto potrà essere rifiutata. Tale forma di dialogo tra i giudici interessati viene qui mutuato dal cd. test *Aranyosi*, come delineato in Corte giust. 5 aprile 2016, C-404/15, *Aranyosi* e C-659/15, *PPU*.

<sup>11</sup> La Corte di giustizia aveva stabilito l'incompatibilità con il principio di uguaglianza davanti alla legge di cui all'articolo 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea di una normativa che discrimini il cittadino extracomunitario dal cittadino di un paese dell'Unione, escludendo in modo assoluto e automatico che possa essere rifiutata l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo in situazioni come quella all'esame. Sulla base di questa sentenza, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 18 *bis* della legge n. 69 del 2005 alle condizioni precisate dalla Corte di giustizia, affinché possa scontare la propria pena in Italia, per favorirne il reinserimento sociale.



Al di là del merito delle decisioni ciò che qui rileva è anche la *forma*, ossia il *metodo* adottato dalla Consulta per arrivarvi: un metodo, come detto, *dialogico* che ha visto coinvolta – su sollecitazione dello stesso giudice italiano – la Corte di giustizia europea nella propria veste di interprete del diritto dell'Unione. Alla luce di questi esiti (non scontati) vale la pena richiamare la genesi – giurisprudenziale – di quelle dottrine che oggi compaiono tra i principi fondamentali del diritto dell'Unione, e grazie alle quali la interlocuzione con le autorità giurisdizionali degli Stati membri – in particolare con le Corti costituzionali – si attua (laddove riesca in effetti ad attuarsi).

## 2. *La formulazione dei principi generali del diritto comunitario ad opera della Corte di giustizia*

Gli antefatti dell'attuale dialogo tra sistema giudiziario sovranazionale e sistemi nazionali sono da ricercarsi nella giurisprudenza anni Sessanta del secolo scorso della (allora) Corte di giustizia delle Comunità europee: fu infatti con la nota sentenza *Van Gend en Loos*<sup>12</sup> del 1963 che iniziò ad affacciarsi la visione del neonato ordinamento comunitario come *tertium genus*<sup>13</sup> rispetto agli enti statali, da un lato, e alle organizzazioni internazionali, dall'altro.

In quella occasione, infatti, non venne accolta dai giudici la tesi avanzata dell'Avvocato generale Roemer<sup>14</sup>, la quale, ancorata all'archetipo del diritto internazionale classico, non riconosceva una diretta efficacia di taluna normativa comunitaria negli ordinamenti statali. Propugnatrice viceversa della teoria del cd. *effetto diretto*, la Corte di giustizia non solo consacrò la (allora) Comunità come ente sovranazionale, ma addirittura riconobbe che il di lei diritto – per lo meno, alcune delle norme contenute nel Trattato – imponeva agli Stati obblighi concreti ed inequivoci (*i.e.*: le norme sono esplicite) senza necessità di alcun ulteriore intervento legislativo (*i.e.*: le norme sono anche complete ed autonome).

Requisito implicito per l'applicabilità di questa teoria era il riconosci-

<sup>12</sup> Corte giust. 5 febbraio 1963, 26/63, *Van Gend en Loos*.

<sup>13</sup> «In considerazione di tutte queste circostanze si deve concludere che la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini», *Van Gend en Loos*, sopra citata, punto 23.

<sup>14</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Roemer, del 12 dicembre 1962, *Van Gend en Loos*, sopra citata.

mento in concreto del primato del diritto comunitario su quello nazionale. Infatti, la «integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie, e più in generale, lo spirito e i termini del Trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune»<sup>15</sup>.

Esplicitato dalla Corte nella citata *Costa c. ENEL*, come si vede, il ragionamento si fonda non tanto su di una prevalenza tra norme, bensì piuttosto sulle distinte sfere di azione degli ordinamenti comunitario, da un lato, e nazionali, dall'altro. Ne conseguiva che, a livello interno, in caso di conflitto tra norma nazionale e norma comunitaria – purché direttamente efficace – «qualsiasi giudice nazionale [...] ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario, e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria»<sup>16</sup>.

A quasi sessant'anni da quegli abbrivi, *effetto diretto* e *primato* del diritto europeo sono oggi annoverati tra i principi generali del diritto dell'Unione<sup>17</sup>. In ogni caso, essi già al tempo della loro teorizzazione furono in grado, per un verso di affermare l'autonomia della Comunità, per l'altro di consentire la emersione del carattere sovranazionale del diritto in allora comunitario, come tale capace *ex se* di attribuire diritti in capo agli individui ed integrarsi con le normative statali. Si tratta di quelle *effettività* ed *unicità* del diritto

<sup>15</sup> Corte giust. 14 luglio 1964, 6/64, *Costa c. ENEL*.

<sup>16</sup> Corte giust. 9 marzo 1978, 106/77, *Simmenthal*.

<sup>17</sup> Per una più completa disamina della nascita dei principi del *primato* e dell'*effetto diretto* del diritto dell'Unione si rimanda a P. PESCATORE, *The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law*, in *ELR*, 1983, p. 155 ss.; M. RASMUSSEN, *Revolutionizing European Law: a History of the Van Gend en Loos Judgment*, in *Intern. Jour. Const. Law*, 2014, p. 136 ss.; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018, p. 37 ss.; A. RASI, *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *DUE*, 2018. Tra i contributi immediatamente successivi alla sentenza *Van Gend en Loos*: N. CATALANO, *L'inserimento diretto delle disposizioni contenute nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea negli ordinamenti giuridici degli Stati membri*, in *Il Foro padano*, 1963, V, p. 33 ss., e F. DURANTE, *Giudizio pregiudiziale, rapporti tra ordinamenti e principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *RDI*, 1963, p. 415 ss. Di recente ed in chiave critica, invece, L. F. PACE, *Il principio del primato è "sotto attacco"? Brevi note su (presunti) limiti scaturenti dalle Costituzioni nazionali e dal sindacato delle Corti costituzionali*, nel *Blog* di questa Rivista, 5 ottobre 2022.

europeo volte a garantire il rispetto del principio di *uguaglianza* dinanzi alla legge, altrimenti cedevole laddove ai singoli Stati fosse consentito sottrarsi agli obblighi comuni assunti con il Trattato.

3. *Il rinvio pregiudiziale ex articolo 267 TFUE come strumento di dialogo: il ruolo delle Corti costituzionali nazionali*

Definito il modello di Unione sovranazionale dotata di un proprio diritto, altro passaggio necessario era ottenerne una adesione – la più convinta possibile – da parte degli Stati membri e delle loro istituzioni: lo strumento che in quest’ottica consentì (e consente tuttora) l’interlocuzione della Corte di giustizia con gli organi (giurisdizionali) nazionali è il *rinvio pregiudiziale* delineato dall’art. 267 TFEU<sup>18</sup>. Gli stessi giudici europei lo ritengono chiave di volta del sistema giudiziario dell’Unione in quanto dà luogo a quel «dialogo da giudice a giudice»<sup>19</sup> in un’ottica di collaborazione tra la Corte di giustizia e il giudice nazionale comune.

L’istituto, già dalla sua origine, aveva una finalità ben precisa: assicurare, grazie ad un organo giurisdizionale *ad hoc*, la tendenziale uniformità dell’interpretazione del diritto dell’Unione, scongiurando la impropria *nazionalizzazione* delle disposizioni comuni ad opera dei singoli giudici statali e la loro perdita di efficacia: cosa che in effetti, come è noto, accade talvolta alle convenzioni di diritto internazionale, allorché gli Stati sottoscrittori le recepiscono con proprie leggi.

Abilitati al rinvio sono, come noto, gli organi giurisdizionali degli Stati membri di ogni ordine e grado. Sulla scorta della nozione autonoma elaborata dalla stessa Corte di giustizia si tratta delle autorità, previste dalla legge, che vantino anche: «carattere permanente», «obbligatorietà della giurisdizione», «natura contraddittoria del procedimento», «applicazione di norme

<sup>18</sup> Sull’istituto del rinvio pregiudiziale si vedano, in particolare, N. CATALANO, *La Comunità economica europea e l’Euratom*, Milano, 1959, p. 40; P. IVALDI, *Il rinvio pregiudiziale: linee evolutive*, in *Comunicazioni e Studi dell’Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano*, vol. XXII, Milano, 2002, pp. 233-275; L. DANIELE (con la collaborazione di) S. AMADEO, G. BIAGIONI, C. SCHEPISI, F. SPITALERI, *Diritto dell’Unione europea – Ordinamento – Tutela giurisdizionale – Competenze*, Milano, 2020; F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020; nonché, di recente B. NASCIBENE, *Il rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia dell’Unione europea: disciplina e indicazioni pratiche*, in *federalismi.it*, 12 luglio 2023.

<sup>19</sup> Corte giust. parere 18 dicembre 2014, 2/13, punto 176.

giuridiche», «imparzialità ed indipendenza»<sup>20</sup>.

L'indicazione della Corte circa la qualificazione di una autorità come giurisdizionale ha contorni sfumati e, all'apparenza, anche poco di pragmatico: infatti, essa volutamente «si è sviluppata in relazione ai singoli casi trattati e non ha mai prodotto una definizione generale ed esaustiva della nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 177»<sup>21</sup> (antecedente normativo dell'attuale art. 267 TFUE). Ne consegue che l'accertamento va condotto caso per caso, preferendo tuttavia una concezione funzionale dell'organo (ritenuto) giurisdizionale, piuttosto che una propriamente strutturale.

Tale metodo è stato del resto applicato anche laddove l'accertamento riguardasse le Corti costituzionali nazionali. Sul punto, le iniziali perplessità (quando non: contrarietà) mostrate dalle giurisdizioni costituzionali nazionali avverso l'istituto sono state risolte – benché in maniera non univoca – nel senso di riconoscersi come autorità effettivamente legittimate ad effettuare rinvii pregiudiziali.

Esemplificativo in materia il caso italiano.

Il tema della configurabilità o meno della Corte costituzionale nazionale come organo giurisdizionale *ex art. 267 TFUE* è stato caratterizzato negli anni da posizioni ondivaghe, oscillando, come è stato notato, «tra possibili – ma timide – aperture nei confronti del giudice comunitario e repentine – ma, spesso non esplicite – chiusure, che parevano essere diventate definitive con l'ordinanza n. 536 del 1995»<sup>22</sup>. In effetti, proprio in quella ordinanza<sup>23</sup> la Consulta assunse una posizione netta e di segno negativo rispetto all'istituto del rinvio: affermò la sua estraneità da un lato rispetto a questioni di interpretazione del diritto (in allora) comunitario «che non risulti[no] di per sé di chiara evidenza», *dall'altro circa l'istituto stesso del rinvio pregiudiziale, non ritenendosi legittimata ad effettuarlo. Tale impostazione si inserisce, in verità, nel percorso intrapreso dal nostro giudice costituzionale verso la propria auto-esclusione dalle questioni ermeneutiche di diritto comunitario; percorso che lo portò in un caso persino a considerare ius superveniens una*

<sup>20</sup> V. Corte giust. 20 giugno 1966, 61/65, *Vaassen-Gobbels*.

<sup>21</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Tesaurò, del 15 maggio 1997, C-54/96, *Dorsch Consult*, punto 21.

<sup>22</sup> I. SPIGNO, *La Corte costituzionale e la vexata quaestio del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2008, 2, p. 1. Sulla configurabilità delle Corti costituzionali come autorità autorizzate al rinvio v. anche J. SCHWARZE, *Judicial Review in EC Law: some Reflections on the Origins and the Actual Legal Situation*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 1, 2002.

<sup>23</sup> Corte cost. ord. 29 dicembre 1995, n. 536.

decisione della Corte di giustizia (serviva a giustificare la restituzione degli atti al giudice *a quo*)<sup>24</sup>; o anche a rinviare a nuovo ruolo la propria decisione sulla questione di legittimità costituzionale in attesa della pronuncia della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale proposto dal giudice di merito<sup>25</sup>.

Il giudice costituzionale non avrebbe tuttavia potuto sottrarsi così a lungo all'applicazione di obblighi in effetti derivanti dal Trattato: ciò avrebbe messo in gioco la responsabilità dello Stato italiano stesso nei confronti della allora Comunità. Seppur mossa da ragioni di opportunità<sup>26</sup>, la Corte costituzionale italiana, più di un decennio dopo l'ordinanza 536 del 1995, ritenne che, sussistendo un dubbio circa la corretta interpretazione delle disposizioni comunitarie rilevanti ai fini del decidere, fosse in effetti opportuno «sollevare questioni pregiudiziali davanti alla Corte di giustizia CE ai sensi dell'art. 234 del trattato CE», e che pertanto «pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale [...] di unica istanza»<sup>27</sup>.

Decisivo fu a tal fine l'abbandono dell'ottica funzionalistica a favore dell'accoglimento della nozione comunitaria – e non già interna – di “*giurisdizione nazionale*”: in tale maniera fu possibile superare i timori della Consulta di una possibile propria subordinazione rispetto alla Corte di giustizia. Al contrario: l'attivazione della procedura pregiudiziale da parte del giudice costituzionale suggella proprio il rapporto di complementarità e coordinamento di queste due giurisdizioni, entrambe di vertice.

La vicenda italiana mostra come lo strumento del rinvio pregiudiziale, pur istituito al fine di garantire un dialogo «da giudice a giudice», quando coinvolga una Corte costituzionale nazionale, abbia finito per generare equivoci e timori<sup>28</sup> circa i rispettivi ruoli all'interno del sistema giudiziario dell'U-

<sup>24</sup> Corte cost. ord. 20 aprile 2004, n. 124.

<sup>25</sup> Corte cost. ord. 26 maggio 2004, n. 164.

<sup>26</sup> Nella “*Critica della ragion pratica*” (1788) Immanuel Kant conduce l'analisi critica della ragione laddove indirizzata (non alla conoscenza, bensì) all'azione ed al comportamento, ossia alla *pratica*.

<sup>27</sup> Corte cost. 15 aprile 2008, n. 103.

<sup>28</sup> Timori che, ad esempio, hanno portato solo di recente il Tribunale costituzionale portoghese a convincersi per una rimessione della questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. Nella propria ordinanza del 9 dicembre 2020 (causa 173/2020) il tribunale sottoponendo la domanda ai Giudici di Lussemburgo evidenziava l'opportunità di collaborazione e cooperazione derivanti dallo strumento *ex art. 267 TFUE*. Si veda il contributo di J.L. DA CRUZ VILAÇA, *The First Preliminary Ruling Requested by the Portuguese Constitutional Court – 2020, What a Year!*, in *CERIDAP*, 2021, 1, e più in generale sul Tribunale costituzionale portoghese, A. CANEPA, *Modalità strutturali ed organizzative dell'organo di giurisdizione costi-*

nione. Nella misura in cui vengono coinvolti due organi di vertice e garanti dei diritti costituzionali (*rectius*: costitutivi) dei rispettivi ordinamenti, quello del rinvio pregiudiziale è apparso sovente come un istituto che collocasse la Corte di giustizia in posizione sovraordinata rispetto alle giurisdizioni statali, sollecitando un timore di perdita delle identità nazionali di queste ultime.

Tornando allo specifico oggetto del presente contributo, la lettura delle recenti sentenze 177 e 178 del 2023 della Consulta – e quanto emergerà nel prosieguo di questa breve indagine – pare mostrare che quelle preoccupazioni siano sopite (o, per lo meno, mitigate): ciò non può che essere colto positivamente. Il dialogo tra le Corti di massimo livello è infatti indispensabile per la evoluzione di un maturo diritto dell’Unione in grado di tenere conto – per il tramite del suo massimo livello di giustizia – delle *esigenze costituzionali* dei singoli Stati membri.

Ecco che allora merita ulteriore sottolineatura l’approdo finale della Corte costituzionale sulla materia del mandato di arresto europeo. E, a maggior ragione, il prodromo, ossia le due ordinanze di rinvio *ex* articolo 267 TFUE<sup>29</sup>: da entrambe traspare la consapevolezza che «spetti in primo luogo alla Corte di giustizia dell’Unione europea stabilire in quali casi – oltre quelli previsti dalla legge nazionale e dalla decisione quadro 2002/584/GAI – l’autorità giudiziaria italiana possa rifiutarsi di dare esecuzione a un mandato d’arresto europeo» ed ancora che «nelle materie oggetto di integrale armonizzazione normativa come il mandato di arresto, rientra in via primaria nel diritto dell’Unione “stabilire gli standard di tutela dei diritti fondamentali al cui rispetto sono subordinate la legittimità della disciplina del mandato di arresto europeo e la sua concreta esecuzione a livello nazionale”. Ogni diversa soluzione pregiudicherebbe infatti, come più volte affermato dalla Corte di giustizia, il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione»<sup>30</sup>.

*tuzionale come elementi di tutela della sua indipendenza: osservazioni sul caso portoghese*, in P. COSTANZO (a cura di), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino 1996, p. 541 ss.

<sup>29</sup> Vedi *supra*, nota 5.

<sup>30</sup> I passaggi sono tratti dal comunicato stampa diramato dall’Ufficio stampa della Corte costituzionale il 18 novembre 2021 (*Mandato d’arresto europeo: dalla Consulta due rinvii pregiudiziali alla Corte UE*) in occasione dei due rinvii effettuati con le citate ordinanze 216 e 217 depositate in pari data.

4. *Il superamento del self-restraint, la sentenza 269 e l'ordinanza 24 del 2017*

Il linguaggio *maturo* usato dalla Consulta nelle sentenze sopracitate, come si è visto, è il portato di un percorso che solo di recente ha finalmente condotto ad un corretto equilibrio tra le istanze nazionali e i principi generali dell'Unione come declinati, nei decenni, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Si vuole qui fare particolare riferimento alle criticità che in un passato non così remoto sono insorte in relazione alle fattispecie di cd. *doppia pregiudizialità*<sup>31</sup>.

Al di là della classificazione<sup>32</sup> che si voglia o si possa fare delle diverse fattispecie di doppia pregiudizialità, merita in ogni caso dare qui uno sguardo alle differenti posizioni assunte sulla questione dalle diverse corti territoriali, con una attenzione specifica alla giurisprudenza costituzionale italiana.

Va premesso come il problema sia stato posto per la prima volta in Francia, a livello legislativo: infatti, a scapito della *eccezione di convenzionalità*, il legislatore organico del 2008 rese *prioritaire* la *question de constitutionnalité*. Ciò evidentemente solleva un problema allorché la questione costituzionale abbia sì precedenza, ma su una questione convenzionale di natura pregiudiziale: non solo ritardando la diretta applicazione della disposizione dell'Unione, ma addirittura subordinandola ad una decisione del Consiglio costituzionale francese. Sarebbe, perciò, lesa il *primato* del diritto europeo.

Sul punto, i giudici di Lussemburgo si espressero nel senso che la questione prioritaria di costituzionalità «non può pregiudicare la competenza esclusiva della Corte di giustizia a dichiarare l'invalidità di un atto dell'Unione»<sup>33</sup>. Pertanto, le giurisdizioni nazionali devono restare in ogni caso libere

<sup>31</sup>Cioè, come noto, di quelle «controversie che possono dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione» (Corte cost. sent. 14 dicembre 2017, n. 269, punto 5.2 del considerato in diritto).

<sup>32</sup> Per un approfondimento delle quali si rimanda a F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, in *DUE*, 2019, 4, pp. 729 ss. che rimanda a M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, 201, nota 53.

<sup>33</sup> Corte giust. 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, punto 54, la quale trova un antecedente storico in Corte giust. 27 giugno 1991, C-348/89, *Mecanarte*, laddove al punto 45 si legge che «l'efficacia del diritto comunitario rischierebbe di essere compromessa se l'esistenza di un ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale potesse impedire al giudice nazionale, al quale è stata sottoposta una controversia regolata dal diritto comunitario, di esercitare la facoltà, attribuitagli dall'art. 177 del Trattato [divenuto ora art. 267 TFUE, *n.d.r.*], di sottoporre alla Corte di giustizia le questioni vertenti sull'interpretazione o sulla



a) di sollevare questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, ovvero b) di adottare qualsiasi misura necessaria a garanzia della tutela giurisdizionale come prevista dall'ordinamento dell'Unione, ovvero ancora c) di disapplicare la legge ritenuta in contrasto con il diritto dell'Unione stessa, eventualmente anche se *medio tempore* sia intervenuta pronuncia incidentale favorevole in materia di costituzionalità ad opera del giudice costituzionale<sup>34</sup>.

In sostanza, il giudice comune rimane titolare di un potere-dovere – quello di rinviare la questione ai giudici di Lussemburgo – tendenzialmente illimitato, così da un punto di vista temporale «in ogni fase del procedimento») come da un punto di vista materiale «qualsiasi questione pregiudiziale»): orientamento poi ribadito nella giurisprudenza successiva della Corte di giustizia<sup>35</sup>.

Purtuttavia, nel rapporto tra Corti costituzionali nazionali e Corte di giustizia, la doppia pregiudizialità continuò anche in seguito a rappresentare un problema.

Guardando al caso italiano, all'epoca, come già sopra rilevato, lo *status* dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione era caratterizzato – a livello di *judicial review* – dal *self restraint* della Consulta, cosa che la aveva condotta negli anni ad una volontaria auto-esclusione dalle questioni concernenti interpretazione e validità del diritto comunitario. Le posizioni di carattere più *isolazioniste* assunte con la citata ordinanza 536 del 1995 originavano, in realtà, dalla giurisprudenza *Granital*<sup>36</sup> di dieci anni

validità del diritto comunitario, al fine di consentirgli di giudicare se una norma nazionale sia o no compatibile con quest'ultimo». Sulla stessa linea, successivamente anche Corte giust. 11 settembre 2014, C-112/13, *A. v. B. e altri*.

<sup>34</sup> V. tra gli altri, D. SARMIENTO, *La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. L'arrêt Melki: esquisse d'une dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française*, in *Rev. trim. droit europ.*, 2010, p. 588 ss.; F. X. MILLET, *La "question prioritaire de constitutionnalité" e il dialogo a singhiozzo tra i giudici in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 139 ss.; F. FABBRINI, *Sulla legittimità comunitaria nel nuovo modello di giustizia costituzionale francese: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Melki*, in *Quad. Cost.*, 2010, p. 840.

<sup>35</sup> Corte giust. 20 dicembre 2017, C-322/16, *Global Starnet*: «il funzionamento del sistema di cooperazione tra essa e i giudici nazionali, istituito dall'articolo 267 TFUE, e il principio del primato del diritto dell'Unione esigono che il giudice nazionale sia libero di sottoporre alla Corte, in qualsiasi fase del procedimento che reputi appropriata, ed anche al termine di un procedimento incidentale di controllo di costituzionalità, qualsiasi questione pregiudiziale che esso consideri necessaria».

<sup>36</sup> Corte cost. 5 maggio 1984, n. 170, *Granital*, anticipata in realtà da 27 dicembre 1965, n. 98, *Acciaierie San Michele*, 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini c. Ministero delle Finanze*, 30 ottobre 1975, n. 232, *ICIC*. Vedansi sulla materia i contributi di R. QUADRI, *Diritto inter-*

prima: in essa, le ipotesi di contatto tra i due ordinamenti – distinti ed autonomi, seppur coordinati<sup>37</sup> – erano state disciplinate di guisa che competesse alla Consulta solo il sindacato sulla legge di esecuzione del Trattato con riferimento ai principi ritenuti fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale, nonché ai diritti inalienabili della persona umana, trattandosi di materie di diritto interno che non ammettono cessioni di quote di sovranità<sup>38</sup>.

In sostanza il vaglio di compatibilità tra diritti nazionale e sovranazionale veniva decentrato in capo al giudice comune, ed era riservata a questo la ulteriore facoltà di sottoporre questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, interprete unico delle disposizioni dei trattati. Era, insomma, preclusa *in nuce* la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte italiana, a pena di inammissibilità della stessa.

In questo quadro non è certo passato inosservato l'*obiter dictum* della sentenza 269/2017<sup>39</sup>. Prima di esso la Consulta non rivendicava priorità alcuna per il caso di questione pregiudiziale duplice, interna e comunitaria<sup>40</sup> e contestualmente la Corte di giustizia riteneva anch'essa – ferma la facoltà dei giudici comuni di rinvio pregiudiziale – che «i problemi di puro diritto nazionale siano risolti al momento del rinvio alla Corte»<sup>41</sup>.

Il contesto nel quale si inserisce l'*obiter*<sup>42</sup> della Consulta concerne le

*nazionale pubblico*, IV, Palermo, 1963, p. 65; B. CONFORTI, *Diritto comunitario e diritto degli Stati membri*, in *RDIPP*, 1966, pp. 1-20; B. CONFORTI., *Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte costituzionale*, in *FI.*, 1976, I, col. 542-547; A. TIZZANO, *Sulla "incostituzionalità" delle leggi italiane incompatibili con i regolamenti comunitari*, in *FI.*, 1976, I, col. 2299-2315; A. TIZZANO, *La Corte costituzionale e il diritto comunitario: venti anni dopo...*, in *FI.*, 1984, I, col. 2063-2074; G. SPERDUTI, *Una sentenza innovativa della Corte costituzionale sul diritto comunitario*, in *RDIPP*, 1984, pp. 263-268; B. CONFORTI, *Cours gèneral de droit international public*, in *Recueil des Cours*, vol. 212, 1988, pp. 9-210.

<sup>37</sup> Ed in effetti, alla luce di questa giurisprudenza, sembra trarsi una impostazione *dualista* tra quadro ordinamentale comunitario e ordinamenti degli Stati membri. A ben vedere, il rapporto tra le due pregiudizialità – costituzionale italiana e del diritto comunitario – non si poneva, secondo la giurisprudenza, in termini gerarchici, bensì – se consentito – in termini *di competenza*. In tale contesto, lo strumento della disapplicazione – istituto distinto dall'abrogazione e privo di alcun effetto estintivo o derogatorio – acquisiva allora la funzione di assicurare il *reciproco rispetto* tra gli ordinamenti.

<sup>38</sup> Questa la *teoria dei controlimiti*, già per altro formulata nella precedente Corte cost. 18 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*.

<sup>39</sup> Corte cost. 14 dicembre 2017, sopra citata.

<sup>40</sup> Anzi, essa stessa affermava che «la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prius* logico e giuridico» (Corte cost. ord. 2 aprile 2009, n. 100).

<sup>41</sup> *Melki e Abdeli*, sopra citata, punto 41.

<sup>42</sup> La sollevazione della questione di legittimità costituzionale da parte del giudice *a quo*,

violazioni dei diritti della persona, e pertanto l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, documento che dal 2009 aveva assunto valenza equiparata a quella dei trattati. La Corte costituzionale nell'ambito della sentenza 269/2017 rilevava allora, innovativamente, come «Fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale, occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale».

In altri termini, in quanto costituzione in senso materiale (o assiologico) la Carta predispone una tutela dei diritti fondamentali tale da «postula[re] la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte [costituzionale italiana] [...]». La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (*ex art. 11 e 117 Cost.*), secondo l'ordine di volta in volta applicato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti [fondamentali dell'Unione europea] siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali [...]. [...] [Q]uesta Corte ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla CDFUE in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale»<sup>43</sup>.

Pare evidente il cambio di passo. In tema di diritti fondamentali<sup>44</sup>, ed allorché si presenti l'ipotesi di doppia pregiudizialità, ora il giudice *a quo* è tenuto a chiamare in causa la Consulta, la quale rivendica a sé il «diritto alla prima parola»<sup>45</sup> sulla questione.

in realtà, non ineriva la tutela dei diritti fondamentali, ed anzi molti commentatori rilevano che tale *obiter* sia stato inserito intenzionalmente proprio «perché in realtà non ve ne era alcuna necessità» per la risoluzione del caso di specie (così, A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *DUE*, 2019, p. 12).

<sup>43</sup> Corte cost. sent. 14 dicembre 2017, sopra citata, punto 5.2.

<sup>44</sup> Non sono interessate dall'*obiter* della pronuncia – pur ammettendo che esso stesso sia di una qualche vincolatività per i giudici comuni – tutte le altre ipotesi di antinomie con il diritto dell'Unione. Per quanto, invece, attiene al rapporto con la giurisprudenza *Melki* della Corte di giustizia, la Consulta, brevemente richiamata, ne fornisce una singolare interpretazione: in caso di doppia pregiudizialità i giudici nazionali restano liberi «di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri motivi, la ritengano contraria al diritto dell'Unione».

<sup>45</sup> A. GUAZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *QC*, 2018, pp. 194-196.

Sembra di potere condividere la posizione della dottrina maggioritaria<sup>46</sup> che legge nelle citate parole una vera e propria *inversione* dell'ordine delle questioni pregiudiziali, attraendo alla cognizione della Consulta anche le disposizioni della CDFUE dotate di diretta applicabilità. È evidente come ciò implichi una presa di distanze radicale dalla prospettiva della giurisprudenza *Simmenthal*<sup>47</sup> sopra enucleata, secondo la quale *dominus* – pur decentrato – della questione era il giudice comune.

Vero è che taluni leggono in queste parole piuttosto il tentativo della Corte costituzionale di «circoscrivere i casi in cui i giudici comuni potranno avvalersene [del rinvio pregiudiziale] ogni qualvolta siano in gioco i diritti congiuntamente e in modo non dissimile riconosciuti dalla Carta di Nizza-Strasburgo e dalla Carta costituzionale», e ritengono «*di non vedere neppure un rigo nella 269 a sostegno del supposto rovesciamento dell'ordine cronologico delle due pregiudizialità*»<sup>48</sup>. Purtuttavia, pare innegabile l'intento che ha mosso il giudice costituzionale della sentenza 269: rilevata la sovrapponibilità tra i diritti tutelati in Costituzione e quelli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, e al contempo, preso atto della loro azionabilità dinanzi a giudici differenti, il rischio di contrasto di giudicati esiste. Rischio che la Corte ha ritenuto di scongiurare accentrando su di sé l'interpretazione – se non anche l'applicazione stessa – dei principi in materia di diritti fondamentali della persona.

Va altresì notato, tuttavia, come la Consulta non si sia espressa altrettanto chiaramente sulle modalità con cui arrivare a promuovere le questioni pregiudiziali. Accogliendo la lettura maggioritaria<sup>49</sup>, toccherebbe in effetti

<sup>46</sup> G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *FI*, 2018; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017: il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *QC*, 2018, pp. 197-200; 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*, 1, 2019; M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *DPCE*, 2019, p. 737 ss.

<sup>47</sup> Corte giust. 9 marzo 1978, 106/77, *Simmenthal*.

<sup>48</sup> A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione*, vol. III – Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale, *Collana di studi di Consulta OnLine*, 5, 2020.

<sup>49</sup> Tra gli altri, efficacemente, R. ROMBOLI, *Dalla "diffusione" all'"accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *FI*, 2018, p. 2226 ss.

concludere che lo schema – per così dire – tradizionale della giurisprudenza *Granital* ne uscirebbe rovesciato: il decentramento nella tutela giurisdizionale – quantomeno in tema di diritti fondamentali – diviene ora accentrato in capo alla Corte costituzionale.

Come è stato rilevato, «la sentenza n. 269 del 2017 è, del resto, “figlia” di una giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente contrastato la marginalizzazione del proprio ruolo nella tutela dei diritti»<sup>50</sup>: proprio il voler abbandonare tale condizione di marginalità avrebbe spinto la Corte a ritenere non solo che le violazioni dei diritti dell’individuo «postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale», ma anche che essa giudicherà «alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei, secondo l’ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali».

Questo riferimento alle «tradizioni costituzionali» potrebbe rivelarsi il passaggio chiave dell’*obiter dictum* e della giurisprudenza che ne seguirà: in quanto giudice della identità costituzionale, la Corte si erge a garante di tradizioni che, si badi, vengono qualificate ora *costituzionali* e non, come in precedenza, *comuni*. Segnale di diffidenza o volontà di riappropriazione di un diverso ruolo che sia, sta di fatto che dal dicembre del 2017 il rapporto tra Consulta e Corte di Giustizia è stato certamente posto sotto *stress*.

Ma che qualcosa stesse cambiando – e nella direzione sino qui evidenziata – nell’approccio della Consulta a diritto ed istituzioni dell’Unione può notarsi (*a posteriori*, quantomeno) già nella ordinanza di rimessione n. 24 del 26 gennaio 2017<sup>51</sup>, il cui oggetto verteva sul principio di legalità in materia penale.

<sup>50</sup> A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità*, in Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – *Diritto costituzionale in trasformazione*, Vol. III – *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, Collana di studi di Consulta OnLine, 5, 2020.

<sup>51</sup> Corte cost. ord. 26 gennaio 2017, n. 24. Essa dava avvio alla ormai nota *Saga Taricco*, che vedeva le due Corti protagoniste di un fitto scambio di vedute su di una questione concernente il principio (evidentemente fondamentale) di irretroattività della norma penale, leggendo anche alla luce dell’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. In generale sulla vicenda e sulle modalità del dialogo tra corti v. E. CANNIZZARO, *Rinvio pregiudiziale e Corti costituzionali nazionali*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, vol. 2, Napoli, 2014, p. 819; E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali nazionali*, Napoli, 2017, p. 45; P. FARAGUNA, *Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme*

Per la prima volta veniva alla luce nel dibattito costituzionale interno il concetto di *identità costituzionale*<sup>52</sup>, ma a ben vedere in quel rinvio si intravede una prima frattura nel rapporto tra le due Corti. La Corte costituzionale, di diverso avviso, motiva la propria scelta di rimettere la questione ai giudici di Lussemburgo sulla base delle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» (in quanto positivamente incluse tra i principi generali del diritto dell'Unione ex art. 6 TFUE). Al contempo, però, sembra implicitamente andare oltre, contribuendo alla costruzione di una *identità costituzionale italiana*, con ciò svincolandosi dalla logica dei controlimiti – pur prospettata dai giudici *a quo*.

Insomma, pare di poter dire che il 2017 sia stato l'anno *spartiacque* nel nuovo e diverso assetto dei rapporti tra le due supreme Corti, interna e sovranazionale. Valgano le considerazioni che seguono.

Guardando alla ordinanza 24 può dirsi che la Consulta – pur non opponendo alla Corte di giustizia i controlimiti<sup>53</sup> –, si sia resa in ogni caso fautrice di una *identity review*: propugnando l'invalidità in materia penale ai sensi dell'art. 25 Cost. del principio di legalità<sup>54</sup> ne ha implicitamente riconosciuto una doppia valenza. Non solo esso partecipa della identità costituzionale italiana, ma è altresì ascrivibile alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e pertanto – per il tramite della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – ai principi generali del diritto europeo.

Il diritto dell'Unione tratto in via pretoria dalla Corte di giustizia è applicabile nell'ordinamento nazionale solo se compatibile con la sua identità costituzionale. Tale scrutinio, nell'ordinamento italiano «può avvenire attraverso l'iniziativa del giudice che, chiamato ad applicare la regola, chiede a questa Corte di saggiarne la compatibilità con i principi supremi dell'ordine costituzionale. È poi dovere di questa Corte accertare, se del

*europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli 2017, p. 359; C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco e il dialogo (?) tra giudici nazionali e Corte di giustizia*, in *DUE*, 2018, p. 152 ss. Per una lettura alla luce del principio dell'effetto diretto v. A. RASI, *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *DUE*, 2018, p. 555 ss.

<sup>52</sup> La Consulta nei propri precedenti si era riferita piuttosto ai *principi supremi*, in quanto non ammettono revisione costituzionale e dunque hanno carattere assoluto di indisponibilità.

<sup>53</sup> È, comunque, innegabile il clima di tensione trapelante dalle affermazioni della Corte costituzionale secondo la quale «[s]e questa interpretazione dell'art. 325 del TFUE [si tratta della interpretazione costituzionalmente conforme proposta della regola Taricco nel rispetto del principio di legalità, n.d.r.] e della sentenza resa in causa Taricco fosse corretta, cesserebbe ogni ragione di contrasto e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta» (Corte cost. ord. 26 gennaio 2017, sopra citata, punto 7).

<sup>54</sup> Nella sua declinazione della irretroattività.



caso, l'incompatibilità, e conseguentemente escludere che la regola possa avere applicazione in Italia»<sup>55</sup>.

Una lettura *sistematica* della ordinanza 24/2017 e della sentenza 269/2017 porta allora a concludere come i giudici costituzionali italiani si riconoscano una precedenza rispetto alla Corte di giustizia allorché la questione di pregiudizialità riguardi i principi e i diritti fondamentali, in quanto facenti parte delle tradizioni costituzionali (comuni) agli Stati membri<sup>56</sup>.

Tirando le fila e concludendo la disamina in materia di doppia pregiudizialità. Pare innegabile che la Corte costituzionale italiana negli anni più recenti abbia intrapreso un percorso che la ha condotta su posizioni fortemente critiche quanto allo stato dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale: la Corte sembra perciò volere ora *sistematizzare* sia il ruolo delle tradizioni costituzionali comuni, sia il rispetto dell'identità costituzionale.

D'altra parte, non può del tutto disconoscersi, come è stato notato, la ricorrenza in questo nuovo contesto di «presupposti per uno snaturamento e un'erosione dei due principi costituzionali del diritto UE deputati a governare i rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali: primato ed effetto diretto. La questione è se – ed eventualmente come – sia possibile configurare un sistema realmente composito e pluralista in tema di diritti fondamentali, senza mettere in crisi le esigenze di uniformità, coerenza ed effettività del diritto UE. In altre parole, come contemperare, sul piano del dialogo giurisdizionale, sovranità e sovranazionalità»<sup>57</sup>.

##### 5. *Dopo l'annus horribilis: una nuova via*

Quanto discusso evidenzia come, pur confermando la Consulta di voler costruire «un quadro di costruttiva e leale cooperazione tra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia [...], affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico», l'organo di controllo costituzionale stia ora operando per una riaffermazione del proprio ruolo dopo il periodo

<sup>55</sup> Corte cost. ord. 26 gennaio 2017, sopra citata, punto 7.

<sup>56</sup> Va rilevato che in Corte cost. sent. 14 dicembre 2017, sopra citata non v'è riferimento alcuno alla identità costituzionale italiana.

<sup>57</sup> D. GALLO, *Efficiacia 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.



di auto-esclusione dalle questioni comunitarie (e poi dell'Unione) principiato con la sentenza *Granital*.

Sicché è anche difficile negare che nel 2017 la nostra Corte costituzionale, nella sostanza, abbia procurato una «rottura dell'armonia faticosamente raggiunta»<sup>58</sup> *medio tempore*. Nella giurisprudenza costituzionale successiva, tuttavia, l'effetto potenzialmente dirompente dell'*obiter dictum* della sentenza 269 sarà temperato, sicché in effetti la posizione della Corte parrebbe non essere stata – per lo meno *a posteriori* – né vana, né negativa: avrebbe consentito comunque, come è stato notato<sup>59</sup>, di parlare di *evoluzione* del rapporto tra giudici e tra ordinamenti, anziché di *rivoluzione*. Nella giurisprudenza posteriore al 2017, infatti, non viene riproposto il giudizio di rigida priorità propugnato dalla sentenza 269, consentendo invece al giudice comune di rivolgersi alla Corte costituzionale ovvero alla Corte di giustizia secondo una propria autonoma scelta dei tempi<sup>60</sup>.

Con la sentenza 20 del 21 febbraio 2019<sup>61</sup> la Corte non si richiama più alla *doverosità*, bensì alla mera *opportunità* della prioritaria rimessione della questione di costituzionalità: elimina soprattutto quel riferimento agli «altri profili»<sup>62</sup> sulla base dei quali il giudice comune sarebbe ammesso ad effettuare un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* dopo una pronuncia del giudice costituzionale in materia, ammettendo pertanto che il rinvio possa interessare anche la medesima disciplina. Insomma, il *revirement* del 2017 non è smentito, tuttavia viene evidenziata la necessità di condivisione dei principi alla base dell'ordinamento dell'Unione europea.

Nella sentenza 63 del 2019<sup>63</sup> e poi nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale

<sup>58</sup> A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a fare da paciere tra le Corti?*, in *Consulta Online*, n. 2, 2018.

<sup>59</sup> Cfr. E. ALBANESI, *Che cosa il caso Taricco ha insegnato alla Corte costituzionale. Un nuovo rinvio pregiudiziale a fronte dei controlimiti*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2020, pp. 425-444.

<sup>60</sup> Cfr. G. PARODI, *Effetti diretti della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e priorità del giudizio costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2022.

<sup>61</sup> Che comunque richiama l'*obiter* della sentenza 269. Per approfondirne i contenuti cfr. A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte Cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta Online*, 2019; F. MEDICO, *I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo dopo la sentenza n. 20 del 2019: verso un doppio custode del patrimonio costituzionale europeo?*, in *DUE*, n. 1, 2019, p. 87 ss. (nel caso il giudice *a quo* ritenne di non poter giungere direttamente alla disapplicazione del diritto nazionale, trattandosi di un bilanciamento tra principi esperibile nel nostro ordinamento solo dalla Corte costituzionale).

<sup>62</sup> Corte cost. sent. 14 dicembre 2017, sopra citata, punto 5.2.

<sup>63</sup> Corte cost. sent. 21 marzo 2019, n. 63.

117 del medesimo anno<sup>64</sup> (il cui procedimento si sarebbe poi concluso con la sentenza 84 del 2021<sup>65</sup>) la Corte costituzionale continuerà a sottolineare le diverse opportunità che si presentano in capo al giudice comune: è questi a disporre in ogni caso del potere di riferire in qualsiasi momento una questione alla Corte di giustizia e di «non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al [proprio] esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla carta [dei diritti fondamentali dell'Unione europea]».<sup>66</sup>

*È ammesso anche il contrario: si veda quanto riportato nella sentenza 112 del 2019 ove in effetti si legge che «va infine affermata – in conformità ai principi espressi nelle sentenze n. 269 del 2017, n. 20 del 2019 e n. 63 del 2019 – l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale prospettate con riferimento agli artt. 17 e 49 CDFUE, per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.: questioni che questa Corte ha il compito di vagliare, essendo stata a ciò sollecitata dal giudice a quo»<sup>67</sup>.*

Insomma, pare potersi dire: da un lato, che si sia in effetti ormai consolidato il riconoscimento da parte della Corte costituzionale italiana dell'autonomia del giudice comune nella valutazione circa la priorità tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale; dall'altro, che resti ancora non univoco l'atteggiamento rispetto alla possibilità di detto giudice di disapplicare *medio tempore* il diritto interno contrario a disposizioni – direttamente applicabili – della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione<sup>68</sup>. Ciò, soprattutto qualora tale eventualità non faccia seguito ad un rinvio pregiudiziale, bensì si fondi esclusivamente sui precedenti giurisprudenziali europei.

Si tratta in ogni caso di una nuova declinazione del rapporto tra le Corti e come tale va recepita.

Essa viene infatti ribadita in almeno due successive occasioni, le si esamina a conclusione del presente paragrafo.

In particolare, nell'ordinanza 182 del 2020 si legge che le garanzie sovranazionali «si riverberano sul costante evolvere dei precetti costituzionali, in un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione»<sup>69</sup>: nel caso di specie, era sotto scrutinio l'interpretazione – e l'eventuale applicazione

<sup>64</sup> Corte cost. ord. 6 maggio 2019, n. 117.

<sup>65</sup> Corte cost. sent. 30 aprile 2021, n. 84.

<sup>66</sup> Per una ricostruzione più approfondita v. 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*, 1, 2019, p. 55 ss.

<sup>67</sup> Corte cost. sent. 10 maggio 2019, n. 112, punto 7.

<sup>68</sup> V. ancora G. PARODI, *Doppia pregiudizialità*, sopra citato.

<sup>69</sup> Corte cost. ord. 30 luglio 2020, n. 182, punto 3.2.

– dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione in materia di diritti sociali e la Consulta non manca di rilevare che, laddove i giudici di Lussemburgo avessero ritenuto il diritto dell'Unione ostare alla disciplina italiana di recepimento, essa stessa non avrebbe potuto che concludere per una dichiarazione di illegittimità di tale normativa interna.

Successivamente, con la sentenza 182 del 2021 la Corte ribadisce ancora che, qualora il giudice *a quo* evochi disposizioni sovranazionali a tutela di diritti fondamentali garantiti anche dalla Costituzione ed «ove non ricorrano i presupposti della non applicabilità della normativa interna contrastante con quella europea», essa ritiene comunque di pronunciarsi «con gli strumenti che le sono propri»<sup>70</sup>, previo eventuale rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE.

#### 6. *Il background fattuale e giuridico: brevi cenni alla disciplina del mandato d'arresto europeo*

All'interno di questo rinnovato quadro si inseriscono le sentenze in commento, n. 177 e 178 del 2023. Come si avrà modo di rilevare, pare ora che la Corte costituzionale – dopo la frattura del 2017 e le successive ricomposizioni – sia piuttosto intenzionata a costruire all'interno dello spazio dell'Unione, e attraverso una collaborazione stretta e leale con la Corte di giustizia, una vera e propria rete di diritti e tradizioni costituzionali *comuni*, o meglio: *condivise*.

Le due pronunce muovono dai dubbi interpretativi sulla disciplina sul mandato di arresto europeo (MAE) e segnatamente della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa, appunto, al MAE<sup>71</sup> e alle procedure di consegna tra Stati membri. Entrambe in particolare originano dalla proposizione di questioni di legittimità costituzionale da parte del giudice di merito (le Corti d'appello rispettivamente di Milano e di Bologna) di talune disposizioni della legge di recepimento 22 aprile 2005, n. 69.

Senza pretesa di completezza della ricostruzione<sup>72</sup> è opportuno ad

<sup>70</sup> Corte cost. sent. 30 luglio 2021, n. 182, punto 4.2.

<sup>71</sup> Art. 1, par. 1 della decisione quadro 2002/584/GAI: «Il mandato d'arresto europeo è una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà».

<sup>72</sup> Giacché entrambe le vicende sono già state compiutamente analizzate da un punto di

ogni modo notare che l'istituto del MAE si colloca nell'ambito di discipline dell'Unione tendenti al rafforzamento della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri<sup>73</sup>: a differenza delle discipline nazionali sull'extradizione, la decisione quadro sul MAE, infatti, muove dalla fiducia delle Istituzioni dell'Unione nel rispetto dei diritti fondamentali della persona ad opera dello Stato membro richiedente.

La regola generale della decisione quadro è pertanto quella della consegna del soggetto richiesto: i motivi di rifiuto<sup>74</sup> opponibili dalle autorità giudiziarie dello Stato di esecuzione sono tassativi e di stretta interpretazione; come correttivo l'art. 23, p. 4<sup>75</sup> della decisione prevede la possibilità – eccezionale – di sospensione dell'esecuzione in caso di gravi motivi umanitari (sospensione, dunque: non rifiuto *tout court*). La tutela dei diritti all'interno del sistema è affidata alla clausola di salvaguardia dell'articolo 1 della stessa decisione quadro: nell'applicazione del MAE vanno rispettati diritti e principi giuridici fondamentali sanciti dall'art. 6 TUE.

Nel caso deciso dalla sentenza 177 il giudizio *a quo* concerneva la decisione sull'esecuzione di un MAE emesso per il reato di detenzione di stupefacenti a fini di spaccio nei confronti di un cittadino italiano dal Tribunale di Zara (Croazia). A seguito della richiesta da parte della Procura generale di consegnarlo allo Stato membro di esecuzione della pena, la Corte d'appello di Milano accertava come il consegnando fosse in realtà affetto da patologie psichiatriche e che l'eventuale interruzione o sospensione delle cure dovute alla consegna avrebbe potuto pregiudicarne la salute. Il giudice, tuttavia, ri-

vista *procedurale* da A. DAMATO, *Mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali*, sopra citato e da C. AMALFITANO, *Mandato di arresto europeo e garanzie di risocializzazione del condannato*, sopra citato.

<sup>73</sup> Lo spirito promanante dalla decisione quadro è sottolineato da Corte cost. 28 luglio 2023, sopra citata, punto 4: «La decisione quadro 2002/584/GAI ha inteso, infatti, sostituire alle tradizionali procedure di estradizione un sistema semplificato di consegna imperniato sul rapporto diretto tra le autorità giudiziarie degli Stati membri, ispirato al principio della «libera circolazione delle decisioni giudiziarie» (considerando n. 5) fondato a sua volta sull'idea, enunciata nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, del loro «riconoscimento reciproco» (considerando n. 6). Tale sistema «si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri» (considerando n. 10), in particolare per ciò che concerne il rispetto, da parte di ciascuno Stato membro, dei diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione (Corte giust. 18 aprile 2023, *E. D.L.*, par. 30, e ivi ulteriori riferimenti)».

<sup>74</sup> Artt. 3 (motivi di non esecuzione obbligatoria), 4 (motivi di non esecuzione facoltativa), 4 *bis* (non esecuzione in caso di decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente) della decisione quadro 2005/584/GAI, trasposti dagli artt. 18 e 18 *bis* della l. n. 69/2005.

<sup>75</sup> Trasposto dall'art. 23, c. 3 della l. n. 69/2005.

levava di non potere rifiutare l'esecuzione, in quanto tra i relativi motivi non era contemplata – né nella disciplina dell'Unione, né nella disciplina interna di trasposizione – alcuna ricorrenza relativa ad eventuali condizioni patologiche, fisiche o mentali, dell'interessato. Da qui, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 18 e 18 *bis* della l. n. 69/2005 nella parte in cui non prevedevano quale motivo di rifiuto della consegna «ragioni di salute croniche e di durata indeterminabile che comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta»<sup>76</sup>.

Nel secondo caso, quello deciso con la sentenza 178 e pendente innanzi alla Corte d'appello di Bologna, il consegnando di cittadinanza moldava – ma residente da più di cinque anni in Italia e qui oramai integratosi – era destinatario di un MAE della Pretura di *Brasov* (Romania) per la esecuzione di una pena comminatagli per evasione fiscale e appropriazione indebita. Inizialmente, il giudice di secondo grado aveva disposto la consegna del soggetto, con una sentenza poi impugnata con ricorso per Cassazione. La Corte Suprema, nell'annullare con rinvio la pronuncia della Corte territoriale, aveva suggerito la remissione alla Consulta della questione di legittimità costituzionale circa la disciplina del rifiuto dell'esecuzione: in particolare, veniva sottoposto al vaglio di legittimità l'art. 18 *bis*, c. 1, lett. c) della l. n. 69/2005 nella parte in cui non prevedeva il rifiuto facoltativo della consegna del cittadino di uno Stato non membro dell'Unione europea che legittimamente ed effettivamente avesse residenza o dimora nel territorio italiano<sup>77</sup>.

Entrambe le autorità rimettenti si orientarono nel senso di sollevare domande pregiudiziali: in applicazione dei principi ritraibili dall'*obiter* della sentenza 269/2017 entrambi i rinvii furono proposti (non alla Corte di giustizia, bensì) alla Corte costituzionale.

<sup>76</sup> In particolare: *a*) con riferimento agli artt. 2 e 32 in quanto sarebbe leso il diritto alla salute; *b*) con riferimento all'art. 3 Cost. dal momento che la parallela disciplina italiana sull'estradizione prevede il diniego della consegna qualora motivi di età o salute possano comportare il pericolo di conseguenze gravi per il soggetto; *c*) in riferimento all'art. 111 c. 2 Cost. giacché dovrebbe applicarsi l'istituto della sospensione con conseguente dilatazione indefinita dei tempi processuali.

<sup>77</sup> Qui i riferimenti sono: *a*) agli artt. 11 e 117 Cost. per l'inesatta trasposizione della decisione quadro; *b*) all'art. 27, c. 3 Cost. per il tradimento della finalità rieducativa della pena; *c*) agli artt. 2 e 117 Cost. per la violazione del diritto alla vita familiare; *d*) all'art. 3 Cost. per la disparità di trattamento rispetto all'art. 19 della l. 69/2005 che invece consentiva in origine sia ai cittadini italiani che degli altri Stati membri e/o di Stati terzi residenti o dimoranti in Italia, di subordinare la consegna finalizzata all'esercizio dell'azione penale, alla condizione che la pena o la misura di sicurezza eventualmente irrogate nello Stato di emissione siano scontate in Italia.

Merita attenzione il *modus operandi* della Consulta, qui interessata – su propria stessa sollecitazione – da questioni di legittimità costituzionale in materia di normativa di recepimento di una disciplina (il MAE) interamente armonizzata: le sentenze 177 e 178, infatti, costituiscono l'esito di un *dialogo* tra Consulta e Corte di giustizia, chiamata questa dalla prima – con le ordinanze di rimessione rispettivamente nn. 216 e 217 del 2021<sup>78</sup> – a pronunciarsi sulle questioni poste dalle Corti territoriali in relazione al MAE.

Sono allora proprio le due remissioni – a cura della Corte costituzionale e non più del giudice comune – a doverci qui interessare in quanto espressive del rinnovato assetto dei rapporti tra le Corti in materia di interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione intrapreso dalla nostra Consulta con la sentenza 269/2017.

L'assunto di base dei rinvii è il medesimo: poiché la materia del mandato d'arresto europeo è interamente armonizzata dalla stessa decisione quadro, «spetta in primo luogo al diritto dell'Unione stabilire gli *standard* di tutela dei diritti fondamentali al cui rispetto sono subordinate la legittimità della disciplina del mandato di arresto europeo e la sua concreta esecuzione a livello nazionale»<sup>79</sup>. Pertanto, ove l'armonizzazione sia integrale, riconosce la Consulta, confermando la precedente impostazione dualista, non può essere fatto ricorso ai criteri interpretativi propri del diritto interno; né, tuttavia, nei casi di specie può darsi luogo ad una mera disapplicazione della normativa interna incompatibile, giacché in entrambi i casi la norma interna da disapplicare manca del tutto.

Ecco allora che il nostro giudice costituzionale perviene a riconoscere che questioni di legittimità costituzionale di tal fatta impongono anche in capo a sé «preliminarmente l'interpretazione del diritto dell'Unione europea, del quale la legge nazionale censurata costituisce specifica attuazione»<sup>80</sup>.

Qui di seguito la disamina delle relative vicende.

#### 7. *La prima rimessione alla Corte di giustizia (ordinanza 216/2021)*

Merita entrare nel dettaglio delle ordinanze, principiamo dalla 216.

La Consulta dirime inizialmente taluni dubbi posti dal giudice *a quo*: da un lato, soffrendo il consegnando di una patologia irreversibile di durata

<sup>78</sup> Corte cost. ordd. 18 novembre 2021, nn. 216 e 217, sopra citate.

<sup>79</sup> Corte cost. ord. 18 novembre 2021, n. 216, sopra citata, punto 7.4; n. 217, sopra citata, punto 7.

<sup>80</sup> Corte Cost. ord. 18 novembre 2021, n. 216, sopra citata, punto 5.

indeterminabile, non poteva farsi ricorso alla sospensione dell'esecuzione, destinata a differire eccezionalmente la consegna per situazioni in ogni caso temporanee, giacché avrebbe portato ad una dilatazione *sine die* dei tempi processuali; dall'altro, il giudice dell'esecuzione non avrebbe neppure potuto rifiutare la consegna sulla scorta delle clausole generali degli artt. 1 e 2 della l. n. 69/2005, facendo questi riferimento solo ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale e pertanto a quelli di uguaglianza, quelli relativi alla responsabilità penale, ovvero ai diritti di libertà, del giusto processo o di difesa.

Pare che qui la Consulta intenda evitare ogni sorta di unilateralità nell'applicazione di una materia oggetto di armonizzazione: all'autorità giurisdizionale nazionale (come anche al legislatore in sede di trasposizione della decisione quadro) è precluso elevare gli *standard* di tutela interni onde scongiurare una compromissione del *primato*, dell'*unità* e dell'*effettività* del diritto dell'Unione<sup>81</sup>: la definizione degli *standard* di tutela dei diritti fondamentali, pare riconoscere la Corte, spetta in primo luogo alle istituzioni sovranazionali, sottintendendo con ciò, in realtà, proprio la Corte di giustizia europea.

Insomma, ottenuto di essere essa stessa – e non più il giudice comune – la principale interlocutrice della Corte di giustizia ecco che i toni e l'approccio della sentenza 269/2017 paiono del tutto superati: non viene più revocata in dubbio – se mai: affermata – la competenza esclusiva dei giudici di Lussemburgo a pronunciarsi su di una disciplina integralmente armonizzata. E ciò anche laddove si verta in materia di diritti fondamentali.

Oltre a ciò, si intravede nell'ordinanza anche un migliore coordinamento con taluni dei punti fermi della giurisprudenza *Taricco*.

Secondo l'ordinanza, infatti, il giudice comune che interpreti il diritto nazionale di modo da estendere le ipotesi di motivi ostativi alla consegna fuori dei casi tassativi previsti dalla disciplina armonizzata del MAE si porrebbe in contrasto con i principi di fiducia reciproca tra Stati membri e di uniformità nelle garanzie dei diritti della persona su cui quella stessa disciplina è fondata. Di più: secondo la Corte ciò si verificherebbe anche laddove l'esecuzione del MAE conducesse «nel caso concreto a un risultato in contrasto con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale o con i diritti inviolabili della persona». Questo perché «soltanto a questa Corte è

<sup>81</sup> Nell'affermare ciò la Corte italiana non manca di fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di effettività del diritto dell'Unione europea, e precisamente a Corte giust. 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson* e 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*.



riservata la verifica della compatibilità del diritto dell'Unione, o del diritto nazionale attuativo del diritto dell'Unione, con tali principi supremi e diritti inviolabili (ordinanza n. 24 del 2017, punto 6)»<sup>82</sup>.

A differenza di ciò che fu – pur con toni possibilmente contenuti – nella *saga Taricco*, qui *l'identità costituzionale* (italiana) cessa di fungere da mero *controlimite* e si inserisce all'interno di tradizioni costituzionali (comuni) dalle quali trarre i principi generali del diritto dell'Unione.

Da ciò, sotto un diverso profilo, il duplice ruolo della Corte costituzionale italiana: da un lato, giudice *comune* facoltizzato (obbligato, secondo la giurisprudenza *CILFIT*<sup>83</sup>) alla proposizione del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*; dall'altro, giudice *qualificato* garante dell'identità costituzionale nazionale.

Non pare revocabile in dubbio, a questo punto, che tutto conduca ad un assetto inedito delle relazioni tra ordinamento italiano e dell'Unione. Infatti, il giudice delle leggi – pur implicitamente – ammette e riconosce il proprio incardinamento all'interno del sistema giudiziario dell'Unione ai sensi dell'art. 19 TUE, e pertanto ai fini di quella effettività di tutela giurisdizionale che si vuole garantita da ogni Stato membro: lungi allora da qualunque contrapposizione con la Corte di giustizia, il giudice costituzionale italiano si propone di coadiuvarne, e possibilmente arricchirne, l'operato.

Alla luce di quanto precede meglio si comprendono, sotto un duplice profilo, i rilievi successivi dell'ordinanza 216.

Da un lato: viene segnalata – e sotto un duplice profilo – la possibile

<sup>82</sup> Corte cost. ord. 18 novembre 2021, n. 216, sopra citata, punto 7.5.

<sup>83</sup> Corte giust. 6 ottobre 1982, 283/81, *CILFIT* sulle ipotesi di obbligo di rinvio alla Corte di giustizia. Vale qui la pena richiamare il principio di diritto ivi enunciato al punto 21 «L'art. 177, comma 3 [del Trattato CEE vigente *ratione temporis*, oggi corrispondente all'articolo 267 TFUE, *n.d.r.*] va interpretato nel senso che una giurisdizione le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno è tenuta, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essa, ad adempiere il suo obbligo di rinvio, salvo che non abbia constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi. [...] il giudice nazionale dovrà procedere con estrema prudenza e cautela nell'esimersi dal rinviare in via pregiudiziale alla Corte di giustizia per questo motivo [al fine di] evitare il duplice pericolo di sottoporre alla Corte di Lussemburgo qualunque questione abbia attinenza con un testo comunitario anche non controversa o non dubbia e di sottrarle invece un testo del genere in ogni caso sostenendo che è del tutto chiaro, il che sarebbe manifestamente un abuso». Recentemente, tuttavia, questo principio di diritto sembra essere stato messo in discussione: cfr. P. DE PASQUALE, *La (finta) rivoluzione dell'avvocato generale Bobek: i criteri CILFIT nelle conclusioni alla causa C-561/19*, in *Osservatorio DUE*, 11 maggio 2021.

violazione dei diritti fondamentali della persona «nell'estensione loro riconosciuta dalla Carta, alla luce della CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni»<sup>84</sup> da parte di una disciplina (quella del MAE) che non preveda il rifiuto dell'esecuzione in caso di gravi motivi di salute: dal punto di vista interno, gli artt. 18 e 18 *bis* della l. n. 69/2005 di trasposizione delle disposizioni della decisione quadro presentano dubbi di compatibilità con la Costituzione italiana<sup>85</sup>; dal punto di vista sovranazionale, viene rilevato un contrasto con i «corrispondenti»<sup>86</sup> diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta e dall'art. 6 TUE ad opera della stessa decisione quadro (fattispecie per cui il rinvio potrebbe qualificarsi in termini di *validità*, piuttosto che di *interpretazione* del diritto dell'Unione).

Dall'altro lato, il perimetro entro cui la Corte intende muoversi resta in ogni caso quello di una «costruttiva e leale cooperazione tra i diversi sistemi di garanzia»<sup>87</sup>, locuzione che costituisce una efficace crasi dei propri precedenti (si vedano *supra* ordd. 182/2020, 117/2019 e sent. 269/2017).

Ecco che da tutto ciò deriva non un arroccamento, bensì la opportunità di «segnalare gli argomenti che depongono in favore dell'estensione al caso in esame dei principi sanciti dalla Corte di giustizia»<sup>88</sup>: può dirsi che la Corte costituzionale, così concludendo, finisca per riconoscere in modo ancora più marcato l'autorità decisionale ed esegetica della Corte di giustizia e si cali del tutto in una ottica di costruttiva e leale collaborazione, arrivando a concretarla in un genuino apporto interpretativo alla disciplina – pur non nazionale – del MAE.

Costruito tale quadro, la Consulta (punto 9 dell'ordinanza) contribuisce al consolidamento delle tradizioni costituzionali comuni in tema di diritto alla salute nell'ambito della esecuzione di un MAE, richiamando le disposizioni stesse della Carta e della CEDU, in entrambe le fattispecie alla luce della giurisprudenza di Strasburgo: a tali fini ritiene di proporre l'applicazio-

<sup>84</sup> Corte cost. ord. 18 novembre 2021, n. 216, sopra citata, punto 7.4. Non può non notarsi il differente approccio tenuto dalla Corte costituzionale in tema di diritti fondamentali: tutti gli strumenti a livello europeo concorrono parimenti alla definizione degli stessi e, pertanto, dei principi generali di cui all'art. 6 TUE. La CDFUE va pertanto letta *alla luce* della CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, alla definizione delle quali concorrono le differenti identità costituzionali nazionali.

<sup>85</sup> Qui la Consulta pare persino paventare l'incompatibilità della disciplina europea con l'identità costituzionale italiana in materia di diritto alla salute ed implicitamente, pertanto, una opponibilità dei *controlimiti*.

<sup>86</sup> Corte cost. ord. 18 novembre 2021, n. 216, sopra citata, punto 5.

<sup>87</sup> Corte cost. ord. 18 novembre 2021, n. 216, sopra citata, punto 9.

<sup>88</sup> Corte cost. ord. 18 novembre 2021, n. 216, sopra citata, punto 9.

ne analogica del cd. test *Aranyosi*, elaborato dalla stessa Corte di giustizia<sup>89</sup> per dirimere i casi in cui l'esecuzione di un MAE comporti effettivamente la compressione di diritti fondamentali del consegnando.

Basti qui ancora dire che: da un lato, a seguito del rinvio pregiudiziale la Corte di giustizia, con propria sentenza<sup>90</sup> a) raccoglie la *segnalazione* dell'ordinanza 216, b) accetta la proposta di risoluzione della Consulta, c) cosa che qui interessa, in riferimento agli artt. 3, 4, 4 *bis* della decisione quadro, fa propria l'interpretazione *condivisa* della disciplina dell'Unione armonizzata coi principi costituzionali italiani; dall'altro – scongiurata la opposizione di un controlimite e contribuito anzi alla soluzione della vertenza – la Consulta con la sentenza 177 del 2023 può conclusivamente dichiarare infondata la questione sollevata dalla Corte di appello di Milano «essendo possibile ovviare alla mancata previsione, nelle disposizioni censurate, di un motivo di rifiuto fondato sul grave rischio per la salute dell'interessato attraverso un'interpretazione sistematica della legge n. 69 del 2005 alla luce della sentenza *E. D.L.*<sup>91</sup>; interpretazione che – nei termini appena precisati – ne assicura la conformità ai parametri costituzionali evocati».

#### 8. *La seconda rimessione (ordinanza 217/2021). Cenni*

Poche parole ancora sulla vicenda gemella, quella della ordinanza 217 del 2021 (e della sentenza 178 del 2023): il *modus operandi* della Corte costituzionale è, infatti, analogo, con riferimento alla avvenuta trasposizione nell'ordinamento interno dell'art. 4, n. 6 della decisione quadro MAE senza previsione di un motivo di rifiuto alla consegna a favore di cittadini di Paesi terzi<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> *Aranyosi*, sopra citata. Senza pretese di esaustività, si tratta di un meccanismo elaborato dalla Corte di giustizia, che consente all'autorità giudiziaria dell'esecuzione – grazie al previo dialogo con quella richiedente – di accertare che, qualora nello stato richiedente sussista un *deficit* di tutela sistemico, l'interessato non sia concretamente esposto ad una possibile lesione del proprio diritto fondamentale. Se, all'esito di queste verifiche si prospettasse il rischio di una violazione delle garanzie individuali, allora sarebbe possibile astenersi dall'esecuzione del MAE.

<sup>90</sup> *E. D.L.*, sopra citata.

<sup>91</sup> *E. D.L.*, sopra citata.

<sup>92</sup> Da notare che in riferimento al rapporto tra la disciplina contenuta nella decisione quadro sul MAE e quella di recepimento interno fosse già intervenuto L. DANIELE, *Il dialogo tra Corte di giustizia e Corti supreme degli Stati membri: il caso del mandato di arresto europeo*, in *SIE*, N. 3, 2011, p. 433 ss. cui si rimanda.

Anche in questa fattispecie la Consulta ritiene, a tutela del *primato*, dell'*unità* e dell'*effettività* del diritto dell'Unione (volendosi elevare lo *standard* di tutela del diritto fondamentale alla vita privata e familiare) di rivolgersi in via preliminare alla Corte di giustizia per chiarimenti ulteriori rispetto a quelli già forniti sulla materia. Così, in perfetta simmetria con l'ordinanza precedente, anche la n. 217 rinvia con metodo *dialogico* ai giudici di Lussemburgo la questione – questa volta meramente interpretativa – inerente l'art. 4, n. 6 della decisione quadro in quanto potenzialmente ostativo ad una legislazione nazionale di recepimento che limiti la garanzia individuale ai cittadini dello Stato di esecuzione o di altro Stato membro, escludendo automaticamente dal beneficio i cittadini di Paesi terzi.

Prospettati i termini della questione e fatta propria la via della dialettica, la Corte costituzionale fornisce essa stessa, ancora una volta, il proprio apporto mediante una interpretazione sistematica di quelle discipline dell'Unione<sup>93</sup> volte alla risocializzazione del condannato<sup>94</sup>, alla luce dell'art. 8 CEDU<sup>95</sup>.

A seguito dell'accoglimento dell'interpretazione suggerita ad opera della Corte di giustizia<sup>96</sup> la Consulta avrebbe potuto poi, con sentenza 178 del 2023, dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 *bis* della l. n. 69/2005 «nella parte in cui non prevede che la corte d'appello possa rifiutare la consegna di una persona ricercata cittadina di uno Stato terzo, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano e sia sufficientemente integrata in Italia, [...], sempre che la corte d'appello disponga che la pena o la misura di sicurezza sia eseguita in Italia».

<sup>93</sup> Segnatamente: *a*) la decisione quadro 2008/909/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'UE; *b*) la direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo; *c*) la direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare.

<sup>94</sup> In particolare, proprio la decisione quadro 2008/909/GAI era stata precedentemente riconosciuta dalla Corte di giustizia avere un significativo nesso con la decisione quadro MAE in relazione alla condivisione della *ratio* ispiratrice: quella di consentire che la pena venga espiata nel luogo nel quale l'interessato ha instaurato i più significativi legami.

<sup>95</sup> L'art. 8 CEDU, posto a tutela della vita privata e familiare, viene richiamato al fine di valutare la legittimità *convenzionale* della disciplina MAE, in particolare sotto il profilo della *proporzionalità* della misura della consegna rispetto ai legami (personali e familiari) del cittadino – straniero, ma – residente da più di cinque anni in Italia.

<sup>96</sup> Corte giust. 6 giugno 2023, C-700/21, *O. G.*

### 9. Conclusioni: per un nuovo assetto giudiziario improntato alla dialettica

Conclusivamente, sembra che debbano essere condivise nella sostanza le riflessioni di chi ha notato, con riguardo alle remissioni contenute nelle ordinanze 216 e 217 del 2021, che trattasi di «rinvii pregiudiziali [...] oltremodo opportuni, fornendo la Consulta la possibilità alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla portata di motivi ostativi all'esecuzione di MAE (processuali ed esecutivi) sino ad oggi mai oggetto di interpretazione da parte del giudice del *Kirchberg*»<sup>97</sup>. Non è revocabile in dubbio, infatti, che siano i giudici di Lussemburgo a potere decidere in maniera uniforme rispetto alla totalità degli Stati membri, assicurando così anche una maggiore certezza del diritto.

Quanto poi all'idea secondo cui nella realtà «il terreno nel quale affondano le radici le ordinanze n. 216 e n. 217 del 2021 è alimentato da due opposte tensioni del giudice comune: da una parte la sfiducia nell'armamentario dell'integrazione europea in materia penale, dall'altra parte la riscoperta fiducia negli strumenti del sistema costituzionale interno»<sup>98</sup> pare di poter dire, sulla scorta di quanto ricostruito anche con riferimento allo spirito della normativa in materia di MAE, che più che di *sfiducia* nel processo di integrazione europea si debba parlare se mai di rinnovata *fiducia* da parte della Consulta – e, sotto la propria guida, degli stessi giudici territoriali – rispetto ad un nuovo percorso di armonizzazione, fondato non più su tradizioni costituzionali meramente *comuni*, bensì realmente e reciprocamente *condivise* per il tramite di una sincera dialettica.

Le due ordinanze (e quindi le due successive sentenze) hanno il pregio di collocarsi, da un lato, nel solco dell'*obiter dictum* della sentenza 269 del 2017 (e pertanto della non-auto-esclusione della Corte costituzionale italiana dal processo di integrazione dell'Unione europea), dall'altro di declinare quella stessa esigenza in maniera diversa, ossia in un quadro di collaborazione con la Corte di giustizia, instaurando un vero e proprio dialogo e superando così del tutto, se così si possa dire, i *limiti* dei *controlimiti*.

In sostanza, in entrambi i casi: il giudice comune è ricorso alla Consulta, investendola di una questione di legittimità costituzionale, perché così aveva indicato di fare la Consulta stessa (nel noto *obiter*); la Consulta, poi, è ricorsa alla Corte di giustizia mediante un rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE,

<sup>97</sup> Cfr. C. AMALFITANO, M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Sistema Penale*, n. 1, 2022.

<sup>98</sup> Così S. BARBIERI, *La restaurazione del giudice penale e la garanzia della Consulta: in margine alle ordinanze n. 216 e n. 217 del 2021*, in *SIDIblog*, 7 dicembre 2021.

manifestando essa stessa uno spirito ed una *fiducia* nuovamente corroborati, se non nuovi del tutto.

Questa è la lettura che si è intesa dare alla vicenda lungo l'intera disamina qui proposta: a seguito di un percorso pluridecennale intrapreso dalle due Corti – supreme ciascuna nel proprio ordinamento – si intravede oggi finalmente la luce in fondo al tunnel. Ferma una impostazione dualista, funzionale alla interpretazione identitaria dei diritti costituzionali nazionali, scongiurato al contempo il rischio di un qualsivoglia tipo di subordinazione del diritto interno a quello dell'Unione, è bene che il rapporto tra la Corte di giustizia e la Corte costituzionale (*rectius*, le due Corti *costituzionali*) sia improntato allo spirito promanante dalle sentenze nn. 177 e 178 del 2023 e diventi pertanto *dialogico*.

Ne potrebbe risultare un nuovo afflato di cooperazione capace, ancorché nella consapevolezza delle proprie reciproche *unicità*, di arricchire – in via pretoria – le tradizioni giuridiche *comuni* agli Stati membri, rendendole, appunto, *condivise*.

E così tornare a fare del progetto europeista (*rectius*: europeo) di nuovo, come in principio, una *ambizione*.

### **Abstract (ita)**

All'interno di un contesto in cui è ancora in fieri l'integrazione tra sistemi giuridici nazionali e dell'UE, grande rilievo assume il rapporto tra le corti di vertice dei diversi ordinamenti: le Corti costituzionali da un lato e la Corte di giustizia dall'altro. L'elaborato si prefigge di analizzare le declinazioni di questo rapporto con particolare riferimento alle posizioni assunte negli anni dalla Corte costituzionale italiana. Tra atteggiamenti isolazionisti ed esigenze di riaccostamento del controllo di costituzionalità, anche alla luce dei diritti fondamentali dell'individuo, molteplici sono state negli ultimi decenni le occasioni di dialogo. Lo spunto della ricerca è stato rinvenuto nelle sentenze della Consulta 177 e 178 del 2023: si rileverà come entrambe siano espressione di un cambio di passo nel rapporto tra Corti, sempre più improntato verso una proficua ed effettiva dialettica.

### **Abstract (eng)**

In a framework in which the integration of national and EU legal systems is still ongoing, the relationship between the Supreme Courts of the different legal systems, the Constitutional Courts on the one hand and the Court of Justice on the other, is of great importance. The paper aims to analyse the declinations of this relationship with particular reference to the positions taken over the years by the Italian Constitutional Court. In recent decades, although switching from isolationist attitudes to centralisation needs regarding constitutional review, also in the light of the fundamental rights of the individual, there have been many opportunities for dialogue. The inspiration of the research was found in the judgments of the Italian Constitutional Court 177 and 178 of 2023: it will be noted that both of them are an expression of a change of course in the relationship between Courts, increasingly marked by a profitable and effective dialectic.





LA NOZIONE DI “ORGANO GIURISDIZIONALE NAZIONALE”  
E LA RICEVIBILITÀ DELLE QUESTIONI PREGIUDIZIALI ALLA  
LUCE DEL CASO *L.G. CONTRO KRAJOWA RADA SĄDOWNICTWA*:  
IL COMPLESSO BILANCIAMENTO FRA INDIPENDENZA DEI  
GIUDICI E DIALOGO TRA CORTI

**Mariaida Cristarella Oristano\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso *L.G. contro Krajowa Rada Sądownictwa*: i fatti all’origine della vicenda. – 3. *Segue*: la sentenza della Corte di giustizia. In particolare: l’irricevibilità della domanda. – 4. L’interpretazione del requisito di indipendenza dell’organo giurisdizionale nazionale alla luce degli artt. 267 TFUE, 19 TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE: tra crisi dello Stato di diritto e *dialogue des juges*. – 5. Alcune considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Nel corso dell’attuale fase del processo d’integrazione europea, alcuni Stati membri dell’UE hanno emanato numerosi provvedimenti legislativi che sono in contrasto con il valore dello Stato di diritto<sup>1</sup>, ed in particolare

\* Dottoranda di ricerca in Diritto internazionale e dell’Unione europea presso l’Università degli studi di Milano “La Statale”.

<sup>1</sup> Per una definizione di Stato di diritto, v. l’art. 2 del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell’Unione. Ai sensi dell’art. 2 TUE, esso è un valore fondante dell’Unione e, secondo alcuni Autori, consiste nella sottoposizione al diritto UE di tutti i soggetti e gli attori di tale organizzazione internazionale (cfr.: U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell’Unione europea*, in *FSJ*, n. 1, 2020, p. 10; A. FESTA, *Lo stato di diritto nello spazio europeo. Il ruolo dell’Unione Europea e delle altre organizzazioni internazionali*, Napoli, 2011 p. 103 ss.). Secondo un diverso orientamento, alla luce della sua idoneità a produrre effetti giuridici all’interno dell’ordinamento giuridico dell’UE lo Stato di diritto deve però considerarsi un principio di tale ordinamento (v. A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell’unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, pp. 46-51). Altri esponenti della dottrina ritengono che le nozioni di valore e principio siano poste sullo stesso piano, dovendosi riconoscere all’UE una vera e propria struttura costituzionale sostenuta dalla cooperazione tra giudice dell’UE e giudici nazionali (così L. S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L’articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell’UE e rimedi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, n. 19, 2020, p. 4). Sullo Stato di diritto in generale, v. A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto*

con le garanzie di imparzialità e indipendenza della magistratura ad esso sottese<sup>2</sup>. In un tale contesto, il ricorso al rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE rappresenta il principale strumento a disposizione dei giudici nazionali per sollecitare l'intervento della Corte di giustizia a tutela dei diritti dei singoli attraverso l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione europea<sup>3</sup>. A riguardo, emblematica è la posizione della Polonia, i cui organi giurisdizionali – interessati dalle molteplici riforme legislative che hanno inciso sulla loro organizzazione<sup>4</sup> – hanno sovente attivato il mecca-

*nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Napoli, 2023; M. CARTA, *Lo Stato di diritto alla prova dell'allargamento dell'UE (o l'allargamento della UE alla prova dello Stato di diritto)*, in *EJ*, n. 4, 2022, pp. 177-192; G. PITRUZZELLA, *L'Unione europea come "comunità di valori" e la forza costituzionale del valore dello "stato di diritto"*, in *federalismi.it*, n. 28, 2021, pp. 4-12; R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 605 ss.

<sup>2</sup> Sui principi sottesi allo Stato di diritto (legalità, certezza del diritto, divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, controllo giurisdizionale effettivo, uguaglianza davanti alla legge) v. le seguenti comunicazioni della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, dell'11 marzo 2014, COM (2014) 158final; *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Il contesto attuale e possibili nuove iniziative*, del 3 aprile 2019, COM (2019) 163final; *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Programma d'azione*, del 17 luglio 2019, COM (2019) 343final. Un elenco dei Paesi il cui ordinamento giuridico non appare rispettoso dello Stato di diritto è contenuto nella 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: La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea*, del 13 luglio 2022, p. 6 ss. (disponibile in: eurlex.europa.eu).

<sup>3</sup> Per la Corte di giustizia, infatti, «il procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE, che costituisce la chiave di volta del sistema giurisdizionale istituito dai Trattati, instaura un dialogo da giudice a giudice tra la Corte e i giudici degli Stati membri che mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai trattati» (v. Corte giust. 22 febbraio 2022, C-430/21, *RS* punto 73; 6 ottobre 2021, C-561/19, *Consorzio Italian Management*, punto 27. In argomento, cfr. B. NASCIBENE, P. DE PASQUALE, *Il diritto dell'Unione europea e il sistema giurisdizionale. La Corte di giustizia e il giudice nazionale*, in *EJ*, n. 4, 2023; A. ADINOLFI, *I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale*, in *I Post di AISDUE*, n. 12, 2019, pp. 197-218; R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2014; L. DANIELE, *Commento all'art. 267 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, pp. 2013-2021).

<sup>4</sup> Conviene segnalare che alcune di queste riforme hanno riguardato la composizione

nismo di cooperazione giudiziale, interrogando il giudice del Kirchberg circa la compatibilità di tali riforme con le garanzie di effettività della tutela giurisdizionale *ex artt.* 19 TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (la Carta)<sup>5</sup>.

In questo quadro, merita attenzione la recente sentenza della Corte di giustizia nel caso *L.G. contro Krajowa Rada Sądownictwa*<sup>6</sup> con cui è stata dichiarata irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da una Sezione della Corte Suprema polacca<sup>7</sup>, ritenuta priva del requisito di indipendenza che un organo giurisdizionale nazionale deve possedere per poter essere considerato tale<sup>8</sup>. In particolare, la decisione sarà analizzata con

del Tribunale Costituzionale, i cui giudici sono stati sostituiti con membri eletti dalla maggioranza governativa; altre hanno assegnato al Ministro della giustizia la carica di Procuratore generale, consentendogli sia di intervenire sull'attività dei procuratori in ogni fase del procedimento, sia di decidere circa la destituzione e la nomina dei presidenti dei Tribunali comuni, e prolungare il mandato dei magistrati in età pensionabile. Altre ancora hanno attribuito al Governo il potere di controllo sulla composizione e l'operato della Corte Suprema, i cui membri sono nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio nazionale della magistratura (KRS), anch'esso assoggettato alla supervisione del potere esecutivo. Sul punto, in dottrina, v. M. PEDRAZZI, *Il caso polacco (ancora) all'attenzione del Consiglio d'Europa*, in *EJ*, n. 2, 2022; 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*, n. 2, 2020, pp. 2917-2926; A. ANGELI, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, in *federalismi.it*, n. 4, 2021; C. SANNA, *Dalla violazione dello Stato di diritto alla negazione del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno: le derive della "questione polacca"*, in *EJ*, n. 4, 2021; P. M. RODRIGUEZ, *Poland Before the Court of Justice: Limitless or Limited Case Law on Art. 19 TEU?*, in *EP*, n. 1, 2020, p. 331-346; C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto nell'Unione*, in *federalismi.it*, n. 12, 2016.

<sup>5</sup> Tra le pronunce più significative, v. le seguenti sentenze della Corte di giustizia: Corte giust. 2 marzo 2021, C-824/18, *A.B. e a.*; 20 aprile 2021, C-896/19, *Repubblica*; 23 novembre 2021, C-564/19, *IS*; 19 novembre 2019, C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.*

<sup>6</sup> Corte giust. 21 dicembre 2023, C-718/21.

<sup>7</sup> Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Sąd Najwyższy* (Polonia), Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte Suprema, il 26 novembre 2021, C-718/21, *Krajowa Rada Sądownictwa*.

<sup>8</sup> Secondo la Corte di giustizia, il principio di indipendenza è caratterizzato da una dimensione sia esterna che interna. In particolare, l'organo giudiziario nazionale deve essere «tutelato da pressioni o da interventi dall'esterno idonei a mettere a repentaglio l'indipendenza di giudizio dei suoi membri per quanto riguarda le controversie loro sottoposte» e caratterizzato dall'«equidistanza dalle parti della controversia e dai loro rispettivi interessi concernenti l'oggetto di quest'ultima» nonché dall'«obiettività e assenza di qualsivoglia interesse nella soluzione da dare alla controversia all'infuori della stretta applicazione della

riguardo ai profili relativi all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della suddetta prerogativa, al fine di verificare se l'orientamento da essa adottato rischi di indebolire la cooperazione giudiziaria funzionale all'instaurazione di un sistema giurisdizionale sempre più integrato fra l'UE e i suoi Stati membri.

2. *Il caso L.G. contro Krajowa Rada Sądownictwa: i fatti all'origine della vicenda*

La decisione oggetto di analisi è stata emessa in seguito alla domanda di rinvio pregiudiziale avanzata dalla Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte Suprema polacca nell'ambito di un procedimento pendente dinnanzi ad essa. Il ricorso, promosso da *L.G.* – magistrato in servizio presso il *Sąd Okręgowy w K.* (Tribunale regionale di K., Polonia) – trae origine dalla decisione del Consiglio nazionale della magistratura (*KRS*) di archiviare la sua richiesta di continuare a svolgere le funzioni giudiziarie dopo il raggiungimento dell'età per il pensionamento. Segnatamente, tale organo riteneva l'istanza del ricorrente inammissibile poiché presentata oltre i termini stabiliti dall'art. 69, par. 1 *ter*, della legge polacca sull'ordinamento degli organi giurisdizionali ordinari<sup>9</sup>, in virtù del quale l'autorizzazione alla proroga delle funzioni di magistrato, che deve essere giustificata da esigenze derivanti dal carico di lavoro dei giudici e dall'impiego razionale delle risorse umane della magistratura ordinaria, è consentita soltanto se la dichiarazione del richiedente sia resa non prima dei dodici mesi e non oltre i sei mesi antecedenti al compimento dei 65 anni di età.

*L.G.* impugnava il provvedimento di diniego davanti alla Corte Suprema ritenendolo in contrasto con il citato art. 69, par. 1 *ter*, della legge sull'ordinamento degli organi giurisdizionali, e con gli artt. 33, 41 e 44 della legge sul Consiglio nazionale della magistratura<sup>10</sup>. Ciò in quanto, da un lato, la *KRS* aveva supposto illegittimamente che la proroga delle sue funzioni di giudice non fosse giustificata da interessi sociali ed inerenti ad una migliore e più efficiente organizzazione del sistema giudiziario; dall'altro, perché tale organo non aveva tenuto conto di tutte le circostanze del caso (tra cui quelle

norma giuridica (Corte giust. 19 settembre 2006, C-506/04, *Wilson*, punti 49-53).

<sup>9</sup> *Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych*, (legge del 27 luglio 2001, Ordinamento degli organi giurisdizionali ordinari, Polonia).

<sup>10</sup> *Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa* (legge del 8 dicembre 2017, sul Consiglio nazionale della magistratura, Polonia).

relative alla valutazione globale del servizio svolto) su cui si fondava la sua domanda di rimessione in termini e delle ragioni del ritardo nella presentazione dell'istanza, causato dal sovraccarico di lavoro. Né, peraltro, la *KRS* aveva informato il ricorrente circa i mezzi di impugnazione a lui spettanti ed i termini per la loro proposizione.

Sulla base di tali elementi, la Corte Suprema polacca decideva di sottoporre alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali. In particolare, il giudice del rinvio, considerato che l'art. 69, par. 1 *ter*, della legge sull'organizzazione degli organi giurisdizionali subordina l'esercizio delle funzioni giurisdizionali oltre l'età per il pensionamento all'autorizzazione di un'altra autorità e stabilisce l'inefficacia della richiesta tardiva da parte di un magistrato di esercitare le funzioni giurisdizionali dopo l'età pensionabile, indipendentemente dagli effetti del pensionamento nel caso di specie<sup>11</sup>, domandava alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla compatibilità della disposizione nazionale con il principio di inamovibilità e indipendenza dei giudici di cui all'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE<sup>12</sup>.

### 3. Segue: la sentenza della Corte di giustizia. In particolare: l'irricevibilità della domanda

Valutate le osservazioni della Commissione circa la qualità di “giurisdizione” del giudice del rinvio<sup>13</sup>, della Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche<sup>14</sup>, della *KRS* e del Governo polacco, la Corte di

<sup>11</sup> In particolare, per quanto riguarda gli interessi dell'amministrazione della giustizia o l'eventuale esistenza di un interesse sociale rilevante (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Sąd Najwyższy*, cit., par. 1 e 2).

<sup>12</sup> Sulla possibilità per la Corte di giustizia di operare, attraverso il rinvio pregiudiziale, un controllo sulla compatibilità delle norme nazionali con il diritto dell'UE, cfr. G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, vol. I, III ed., Napoli, 2021, p. 443 ss.

<sup>13</sup> Segnatamente, la Commissione segnalava, anzitutto, che la nomina dei membri della Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche era avvenuta, da parte del Presidente della Repubblica, sulla base di proposte contenute in una delibera adottata dalla *KRS* (delibera n. 331/2018, del 28 agosto 2018), la cui indipendenza è controversa; inoltre, l'istituzione europea evidenziava che – al momento della nomina del collegio – la suddetta delibera era stata sospesa con ordinanza del 27 settembre 2018, in quanto oggetto di un ricorso dinnanzi al *Naczelny Sąd Administracyjny* (Corte suprema amministrativa).

<sup>14</sup> Nella sua ordinanza del 3 novembre 2022 il giudice del rinvio dichiarava che l'ordinanza con cui era stata sospesa l'esecutività della delibera n. 331/2018 settembre 2018

giustizia ha dichiarato irricevibili le questioni proposte dall'organo remittente. Segnatamente, richiamando i noti requisiti che gli organi interni devono rivestire per poter ritenersi "giurisdizioni" e rivolgere quesiti pregiudiziali<sup>15</sup>, la Corte ha ritenuto che la Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche dovesse possedere il carattere dell'indipendenza non soltanto ai sensi dell'art. 267 TFUE, ma pure degli artt. 19, par. 1, secondo comma,

era stata resa pubblica, in realtà, il 19 ottobre 2018, ossia nove giorni dopo la nomina degli interessati. Inoltre, si evidenziava come – pur essendo stati i giudici nominati alla Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche sulla base di una delibera della KRS nella sua nuova composizione – tale circostanza non fosse sufficiente per contestare a tali giudici un difetto di indipendenza.

<sup>15</sup> Tra questi: l'obbligatorietà della giurisdizione; il compito di applicare il diritto; il carattere permanente dell'organo; la sua costituzione per legge ed il suo carattere indipendente e terzo (v. Corte giust. 29 marzo 2022, C-132/20, *Getin Noble Bank*, punto 66). Inoltre, ai fini della ricevibilità della questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE, bisogna tenere conto pure di alcune caratteristiche del procedimento che si svolge dinanzi alle giurisdizioni nazionali e delle funzioni svolte dalle stesse. Con riferimento alle prime, è necessario che sia rispettato il contraddittorio; che, davanti ai giudici nazionali, sia pendente una lite e che questi ultimi siano chiamati a decidere nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale (v. Corte giust. 12 novembre 1998, C-134/97, *Victoria Film*; ord. 26 novembre 1999, C-440/98, *RAI*; ord. 26 novembre 1999, C-192/98, *ANAS*; 31 gennaio 2013, C-394/11, *Belov*). In dottrina, cfr., R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020, p. 340 ss.; V. CAPUANO, *Le condizioni soggettive di ricevibilità del rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 33 ss.; G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2023, p. 431 ss.; G. TESAURO, *op. cit.*, p. 457 ss.; N. WAHL, L. PRETE, *The Gatekeepers of Article 267 TFEU: On Jurisdiction and Admissibility of References for Preliminary Rulings*, in *CMLR*, 2018, p. 511 ss.; J. RODRIGUEZ-MEDAL, *Concept of a court or tribunal under the reference for a preliminary ruling: who can refer questions to the Court of Justice of the EU?*, in *European Journal of Legal Studies*, n. 1, 2015, p. 104 ss.



TUE<sup>16</sup> e 47 della Carta<sup>17</sup>. In tal modo, il giudice europeo sembra ribadire la sua recente giurisprudenza che interpreta in modo uniforme la prerogativa dell'indipendenza sia quando il giudice è chiamato a decidere sulla ricevibilità della questione pregiudiziale, che quando deve verificare il rispetto degli artt. 19 TUE e 47 della Carta<sup>18</sup>.

Tuttavia, questo assunto deve essere precisato.

Infatti, se nella sentenza *Getin Noble Bank S.A* la Corte di giustizia presumeva il possesso del requisito dell'indipendenza in capo al giudice nazionale ai fini del rinvio pregiudiziale, mitigando il suo rigido orientamento,

<sup>16</sup> Ai sensi del par. 1, secondo comma, dell'art. 19 TUE: «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione». In altri termini, la disposizione, in combinato disposto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali (d'ora in poi Carta), impone agli Stati membri di garantire che i giudici chiamati a interpretare il diritto dell'Unione soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva, tra cui le caratteristiche di indipendenza e imparzialità. Per un commento, cfr., M. KLAMERT, B. SCHIMA, *Article 19 TEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2019, pp. 172-188; R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017; H. J. BLANKE ET AL., *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary*, Heidelberg, 2013, p. 759 ss.

<sup>17</sup> Per un commento sulla norma in esame, v. M. BONELLI, E. MARIOLINA, G. GENTILE (eds.), *Article 47 of the EU Charter and effective judicial protection*, London, 2023; P. AALTO ET AL., *Article 47 – Right to an Effective Remedy and a Fair Trial*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, 2014, p. 1199 ss.

<sup>18</sup> Invero, a partire dal caso *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (Corte giust. 27 febbraio 2018, C-64/16) la Corte di giustizia ha affermato che «ogni Stato membro deve garantire che gli organi rientranti in quanto 'giurisdizione' nel senso definito dal diritto dell'Unione, nel suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva (punti 37-38). La sentenza «ha segnato la 'reinvenzione' dell'art. 19 TUE come strumento chiave per sindacare le riforme giudiziarie incidenti sull'indipendenza dei giudici nazionali» (Così M. FISICARO, *La Corte di giustizia nella sala degli specchi: il principio di indipendenza giudiziaria tra art. 267 TFUE, art. 47 della Carta e art. 19 TUE*, in *DUDI*, n. 2, 2022, pp. 384-399). Sulla pronuncia, cfr., S. MENZIONE, *Anything New under the Sun? An Exercise in Defence of the Reasoning of the CJEU in the ASJP Case*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, pp. 219-236; L. PECH, S. PLATON, *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, in *CMLR*, n. 6, 2018, pp. 1827-1854; M. PARODI, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *EP*, n. 2, 2018, pp. 986-992. L'orientamento della Corte è stato confermato anche nella giurisprudenza successiva: v. Corte giust. 21 gennaio 2020, C-274/14, *Banco de Santander*.

il caso *L.G. contro Krajowa* si distingue perché il giudice del Lussemburgo afferma di non ritenersi vincolato a tale principio «nel caso in cui una decisione giudiziaria definitiva emessa da un organo giurisdizionale nazionale o internazionale porti a ritenere che il giudice del rinvio non abbia la qualità di giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, letto alla luce dell'articolo 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»<sup>19</sup>. Alla luce di tali affermazioni, riveste grande importanza la sentenza *Dolinska-Ficek e Ozimek/Polonia*, con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) ha ritenuto la stessa Sezione di controllo straordinario non indipendente ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU<sup>20</sup>: citandola espressamente, la Corte di giustizia ha ricordato i nessi tra il diritto a un ricorso effettivo e quello a un equo processo e ha dichiarato la domanda della Corte Suprema polacca irricevibile<sup>21</sup>.

4. *L'interpretazione del requisito di indipendenza dell'organo giurisdizionale nazionale ai sensi degli artt. 267 TFUE, 19 TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: tra crisi dello Stato di diritto e dialogue des juges*

La sentenza *L.G. contro Krajowa* si inserisce nel contesto del difficile bilanciamento che il giudice dell'Unione europea deve effettuare tra l'effettività della tutela giurisdizionale e la protezione della *rule of law*<sup>22</sup>. La questione genera diversi interrogativi circa il contenuto del requisito di indipendenza dei giudici, e in particolare se questo debba essere interpretato a prescindere dal contesto normativo europeo di riferimento oppure se l'intensità dello

<sup>19</sup> *Krajowa Rada Sqdownictwa*, sopra citata, punto 44, e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>20</sup> Corte EDU 8 novembre 2021, ric. nn. 49868/19 e 57511/19. Per un commento, cfr. D. GIANELLO, *L'indipendenza dei giudici polacchi ancora sotto la lente di Strasburgo: la decisione Dolinska-Ficek and Ozimek*, in *QC*, n. 1, 2022, pp. 183-186; M. FISICARO, *Safeguarding Judicial Independence (and Subsidiarity) Through Interim Measures: The New ECtHR's Strategy at the Height of the Polish Constitutional Crisis*, in *DUDI*, 2022, pp. 637-658; M. PEDRAZZI, *op. cit.*

<sup>21</sup> *Krajowa Rada Sqdownictwa*, sopra citata, punti 45-53.

<sup>22</sup> Sul punto, v. E. DE FALCO, *Il difficile bilanciamento tra il dialogo tra giudici e la tutela dell'indipendenza giudiziaria in Polonia*, in *iusin tenere.it*, 2022; P. FILIPEK, *Drifting Case-law on Judicial Independence: A Double Standard as to What Is a 'Court' Under EU Law?*, in *verfassungsblog.de*, 2022; D. GIANELLO, *Il rinvio pregiudiziale e l'indipendenza dei giudici: alcune riflessioni a margine di due recenti vicende*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, n. 1, 2021, pp. 162-183; C. REYNS, *Saving Judicial Independence: A Threat to the Preliminary Ruling Mechanism?*, in *ECLR*, n. 1, 2021, pp. 26-52.

scrutinio svolto dalla Corte di giustizia vari in virtù delle diverse funzioni svolte dagli artt. 267 TFUE, 19 TUE e 47 della Carta che giova, pertanto, riassumere brevemente.

L'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE è una disposizione di ampia portata che «va al di là delle situazioni in cui un singolo caso è disciplinato, secondo l'impostazione tradizionale, dal diritto dell'UE e richiede un'analisi, [...] che include la struttura istituzionale e costituzionale del potere giudiziario nazionale nel suo complesso»<sup>23</sup>. Secondo tale orientamento, l'interpretazione della norma coinvolge gli elementi strutturali degli assetti giuridici statali, con specifico riferimento alla violazione da parte del Paese membro del principio dello Stato di diritto sancito dall'art. 2 TUE. In un siffatto quadro concettuale, la soglia per accertare una violazione dell'articolo è alquanto elevata perché soltanto questioni di natura sistemica o particolarmente gravi mettono a repentaglio la capacità dello Stato membro di fornire sufficienti mezzi di ricorso ai singoli<sup>24</sup>.

Al contrario, nell'ambito dell'art. 47 della Carta – che, in linea con l'art. 6, par. 1, CEDU, prevede il diritto di accesso a un giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge – il requisito dell'indipendenza costituisce una delle garanzie associate al diritto individuale a una tutela giurisdizionale effettiva. Più analiticamente, la norma sancisce il diritto soggettivo a un equo processo «che entra in gioco quando una causa rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta»<sup>25</sup>. Di conseguenza, non soltanto la verifica della qualità di indipendenza in capo all'organo giudiziario richiede una valutazione dettagliata di tutte le circostanze proprie del caso di specie, ma il relativo controllo è certamente meno intenso, poiché non tutte le violazioni del diritto equivalgono ad un'inosservanza dell'art. 47 e le questioni che riguardano talune caratteristiche strutturali o sistemiche dell'apparato di giustizia nazionale sono rilevanti soltanto nella misura in cui possono incidere sul singolo procedimento.

Per ciò che concerne infine l'art. 267 TFUE, esso ha «un ampio campo di applicazione materiale, che ricomprende tutte le circostanze in cui sia applicabile una disposizione dell'Unione, ma che si estende anche a talune situazioni che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione»<sup>26</sup>. Il requisito di indipendenza del giudice opera, in tal contesto,

<sup>23</sup> Così l'Avvocato generale Bobek nelle sue conclusioni, del 20 maggio 2021, da C-748/19 a C-754/19, *WB*, par. 164.

<sup>24</sup> Sul punto, v. le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek, dell'8 luglio 2021, C-132/20, *Getin Noble Bank*, par. 38.

<sup>25</sup> *Ibidem*, par. 40.

<sup>26</sup> *WB*, sopra citata, par. 166, e giurisprudenza *ivi* citata.

come prerogativa di carattere funzionale che ha lo scopo di identificare gli organi nazionali che possono interloquire con la Corte nell'ambito di un procedimento pregiudiziale: è dunque la *funzione* (quindi l'*organo*) che deve possedere tale carattere, a prescindere dal legame sussistente tra i giudici (in quanto *individui*) e il potere esecutivo<sup>27</sup>.

Alla luce di ciò e degli obiettivi di questa disposizione, ben si comprende come il controllo operato dalla Corte di giustizia nella sentenza oggi in commento circa il possesso della qualità di indipendenza dell'organo debba essere molto più flessibile rispetto a quello compiuto nell'ambito degli artt. 19 TUE e 47 della Carta. Nel meccanismo di rinvio, infatti, il requisito dell'indipendenza deve essere appurato attraverso una valutazione complessiva che si conclude con l'accertamento dell'esistenza di una "giurisdizione" ai sensi dell'art. 267 TFUE. È quindi plausibile che un organo possa qualificarsi come giurisdizione ai sensi dell'art. 267 TFUE, ma che specifici elementi non consentano di trarre analoga conclusione circa la sua indipendenza, imparzialità e precostituzione per legge ai sensi dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, o dell'art. 47 della Carta.

La Corte ha spesso interpretato in modo aperto e flessibile la prerogativa dell'indipendenza in capo ai giudici nell'ambito del rinvio pregiudiziale<sup>28</sup>, sino ad affermare – nel caso *Land Hessen* – che «al fine di verificare la ricevibilità di una domanda di pronuncia pregiudiziale, il criterio relativo all'indipendenza che l'organo di rinvio deve soddisfare per poter essere considerato una "giurisdizione", ai sensi dell'articolo 267 TFUE, può essere valutato *alla luce di questa sola disposizione*»<sup>29</sup>. Tale orientamento "flessibile", confermato dall'affermazione della cit. presunzione di indipendenza in capo al giudice del rinvio, è «ispirato all'idea di ampliare il più possibile il novero degli organi legittimati a interpellarla su questioni di interpretazione e validità del diritto dell'Unione ed è finalizzato, in definitiva, ad assicurare l'uniforme applicazione della normativa europea a livello nazionale»<sup>30</sup>.

Al contrario, nella sentenza *L.G. contro Krajowa* la Corte di giustizia adotta un approccio più rigido: superando la propria precedente giurispru-

<sup>27</sup> *Getin Noble Bank*, sopra citata, par. 52, e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>28</sup> V. per esempio, le seguenti pronunce della Corte di giustizia: Corte giust. 19 settembre 1997, C-54/96, *Dorsch Consult*, punti 34-37; 4 febbraio 1999, C-103/97, *Kollensperger e Atzwanger*, punti 19-24; 21 marzo 2000, C-110/98, C-147/98, *Gabalfrija e a.*, punti 39-40; 29 novembre 2001, C-17/00, *De Coster*, punti 16-21.

<sup>29</sup> Corte giust. 9 luglio 2020, C-272/19, punti 45-46 (corsivo aggiunto).

<sup>30</sup> M. FISICARO, *La Corte di giustizia nella sala degli specchi: il principio di indipendenza giudiziaria tra art. 267 TFUE, art. 47 della Carta e art. 19 TUE*, cit., p. 388.

denza attraverso un richiamo alla citata sentenza *Dolińska-Ficek e Ozimek c. Polonia* della Corte EDU, il giudice del Lussemburgo si è pronunciato senza considerare le diverse funzioni assolate dalle tre disposizioni. Infatti, esso non ha accolto le conclusioni dell'Avvocato generale Rantos che, pur tenendo conto della decisione della Corte EDU, suggeriva alla Corte di accogliere l'istanza di rinvio, poiché il caso *Dolińska* «riguarda piuttosto l'esame del rispetto del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU e [...], pertanto, essa può svolgere un ruolo nell'applicazione dell'articolo 47 della Carta, ma non necessariamente nell'applicazione dell'articolo 267 TFUE»<sup>31</sup>.

##### 5. *Alcune considerazioni conclusive*

La sentenza *L.G. contro Krajowa* suscita interesse per gli spunti di riflessione che essa offre in relazione a profili tanto diversificati quanto controversi.

In primo luogo, la pronuncia in commento, nel soffermarsi sulla decisione della Corte EDU nel caso *Dolińska-Ficek e Ozimek c. Polonia*, evidenzia la rilevanza che le sentenze di tale organo giurisdizionale assumono nel quadro giuridico dell'UE<sup>32</sup>. Pur non essendo l'UE parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>33</sup>, la Corte di giustizia ha spesso rinviato alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, facendone proprie le sue conclusioni<sup>34</sup>. Nel caso in esame, però, sembra che il giudice del Lussemburgo ab-

<sup>31</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Rantos, del 2 marzo 2023, C-718/21, *Krajowa Rada Sądownictwa*, par. 35.

<sup>32</sup> Sulla rilevanza delle sentenze della Corte EDU nella giurisprudenza della Corte di giustizia, v., V. DAVIO, E. MUIR, *Dialogue on the Way the CJEU Uses ECHR Case Law*, in *EP*, n. 1, 2023, pp. 317-322; B. SMULDERS, *Increasing convergence between the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union in their recent case law on judicial independence: the case of irregular judicial appointments*, in *CMLR*, vol. 59, 2022, p. 125 ss.; J. CALLEWAERT, *Interactions migratoires entre Strasbourg et Luxembourg*, in *JDE*, vol. 28, 2020, pp. 310-318.

<sup>33</sup> Cfr. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *EP*, n. 1, 2020, pp. 493-522; I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *federalismi.it*, n. 19, 2020; L. TOMASI, *L'interazione tra Corte EDU e Corte di giustizia e la ripresa dei negoziati per l'adesione dell'UE alla CEDU*, *ivi*, n. 20, 2023; M. PARODI, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'UE alla Cedu*, *ivi*, n. 3, 2016; F. CAPOTORTI, *Quale futuro per l'adesione alla CEDU dopo il parere negativo della Corte? Il negoziatore dell'UE prende tempo*, in *EJ*, 2015; F. CHERUBINI, *Qualche riflessione in merito alle prospettive di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *SIE*, n. 2, 2015, pp. 243-272.

<sup>34</sup> È possibile rinvenire un primo riferimento alle pronunce della Corte EDU nella sen-

bia compiuto un ulteriore passo in avanti, poiché ha conferito al controllo sul rispetto del requisito di autonomia, operato dalla Corte EDU ai sensi dell'art. 6 CEDU, una tale rilevanza da consentirgli di ribaltare interamente la presunzione di indipendenza elaborata nella sua stessa prassi, e di influire persino sul sindacato di ricevibilità del rinvio pregiudiziale.

In secondo luogo, preme sottolineare come l'orientamento della Corte che non calibra il significato del requisito di indipendenza alle specificità del contesto normativo dell'UE non rileva ai soli fini concettuali.

Invero, l'applicazione del requisito in esame in maniera uniforme sia nel sindacato di ricevibilità del rinvio pregiudiziale che nella verifica del rispetto degli artt. 19 TUE e 47 della Carta rischia di trasformare lo Stato membro in un vero e proprio punto cieco nel "radar" della Corte di giustizia, rendendo strutturalmente inammissibili tutti i rinvii provenienti dai suoi giudici la cui autonomia è stata – come si è visto – compromessa da misure non conformi alle suddette norme.

Infatti, se appare chiaro che la Corte ha inteso limitare l'influenza dell'esecutivo sul potere giurisdizionale polacco, non è possibile trascurare che circa un giudice su quattro degli organi giurisdizionali polacchi è nominato in base al nuovo sistema: per questa ragione, il rigido orientamento della Corte rischia di mal attagliarsi al ruolo e agli obiettivi del meccanismo di cooperazione giudiziaria, incidendo negativamente sulla possibilità per i singoli di avvalersi della tutela giurisdizionale effettiva garantita dal diritto dell'UE.

In conclusione, la Corte di giustizia ha perso l'occasione per esprimersi in modo più netto sull'attuale situazione del sistema giudiziario polacco caratterizzato da una progressiva perdita di autonomia rispetto al potere politico. Infatti, l'istituzione giudiziaria avrebbe potuto dichiarare l'art. 69, par. 1 *ter*, della citata legge polacca incompatibile con i principi di inamovibilità e indipendenza, e vincolare il giudice del rinvio e le giurisdizioni di grado superiore chiamate ad esprimersi sulla medesima causa. In tal modo, il giudice del Lussemburgo avrebbe garantito in maniera ben più efficace lo Stato di diritto, rafforzando la cooperazione tra giudici e ottenendo per questa via la neutralizzazione delle normative statali lesive dell'indipendenza dei magistrati<sup>35</sup>.

tenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1996, C-13/94, *P/S. e Cornwall County Council* (punto 16). Esemplificativo è pure il caso *Baustablgewerbe* (Corte giust. 17 dicembre 1998, C-185/95 P), in cui la Corte di giustizia ha definito il criterio della ragionevole durata del processo in analogia alla giurisprudenza della Corte EDU.

<sup>35</sup> U. VILLANI, *op. cit.*, p. 26.



### Abstract (ita)

Il presente contributo intende soffermarsi sulla recente sentenza della Corte di giustizia nel caso *L.G. contro Krajowa Rada Sądownictwa* con cui è stata dichiarata irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da una Sezione della Corte Suprema polacca, considerata priva del requisito di indipendenza necessario per essere ritenuta un organo giurisdizionale nazionale. Segnatamente, poiché la pronuncia è stata resa tenendo pienamente conto della sentenza *Dolińska-Ficek e Ozimek/Polonia*, con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto la stessa Sezione della Corte Suprema polacca non indipendente ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU, particolare attenzione sarà dedicata alla rilevanza che le decisioni di tale organo giurisdizionale assumono nel quadro giuridico dell'UE. Inoltre, ci si concentrerà sui profili relativi all'interpretazione della prerogativa dell'indipendenza da parte della Corte di giustizia, al fine di valutare come l'orientamento da essa adottato incida sulla cooperazione tra giudici e se lo stesso sia idoneo a garantire piena effettività alla tutela dello Stato di diritto.

### Abstract (eng)

This contribution intends to focus on the recent Judgment of the Court of Justice in the *L.G. case. v Krajowa Rada Sądownictwa* which declared inadmissible the request for a preliminary ruling proposed by a Chamber of the Polish Supreme Court, considered to lack the necessary independence requirement to be considered a national judicial body. In particular, since the judgment was made taking full account of the judgment in *Dolińska-Ficek and Ozimek v Poland*, with which the European Court of Human Rights deemed the same Chamber of the Polish Supreme Court not independent pursuant to Article 6, paragraph 1, of the ECHR, particular attention will be paid to the relevance that the sentences of this judicial body assume within the EU legal framework. In addition, we will focus on the aspects relating to the interpretation of this characteristic by the Court of Justice, in order to evaluate how the approach adopted by the Court of Justice affects cooperation between judges and whether it is appropriate to ensure full effectiveness in the protection of the rule of law.





*PROFESSIO IURIS* E UNITÀ DELLA SUCCESSIONE  
NEL REGOLAMENTO UE N. 650/2012:  
LA CORTE DI GIUSTIZIA FA UN PASSO INDIETRO

**Giulia Demontis\***

SOMMARIO: 1. Introduzione: la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 12 ottobre 2023 (causa C-21/22). – 2. La prima questione. – 3. La seconda questione: operatività dell'articolo 75 del regolamento UE n. 650/2012. – 4. Le riflessioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona. – 5. Unità della successione: un principio soccombente. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione: la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 12 ottobre 2023 (causa C-21/22)*

Con la sentenza del 12 ottobre 2023 la Corte di giustizia ha avuto occasione di pronunciarsi su alcune interessanti questioni di interpretazione delle norme del regolamento UE n. 650/2012, il c.d. regolamento successioni.

L'intervento della Corte prende le mosse dall'esperimento del rinvio pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'articolo 267 TFUE da parte di un giudice nazionale polacco di prima istanza, ovvero il Tribunale regionale di Opole in Polonia<sup>1</sup>.

I fatti di causa che hanno dato origine al dubbio interpretativo vedono come protagonisti da un lato la signora OP<sup>2</sup>, cittadina ucraina residente in Polonia, e dall'altro il coadiutore del notaio Justyna Gawlica<sup>3</sup>.

\* Dottoranda di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università di Genova.

<sup>1</sup> La competenza pregiudiziale della Corte costituisce una peculiare competenza giurisdizionale a carattere non contenzioso grazie alla quale i giudici nazionali possono sottoporre alla Corte tanto questioni di interpretazione quanto questioni di validità del diritto dell'Unione. In particolare, per quanto concerne il rinvio pregiudiziale di interpretazione, la decisione è di natura dichiarativa ma produce effetti obbligatori per il giudice del rinvio; tuttavia il principio di diritto enunciato nella decisione produce effetti *erga omnes*, ossia vincola qualunque soggetto chiamato ad interpretare ed applicare la disposizione in questione. Sul punto si veda, *ex plurimis*, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2018.

<sup>2</sup> Gli atti della causa e la sentenza della Corte utilizzano queste iniziali per identificare la signora protagonista della vicenda.

<sup>3</sup> Come in Italia, il *Notariusze* è un pubblico ufficiale al quale lo Stato affida il potere di

Sinteticamente, la signora OP desiderava formulare le sue ultime volontà per testamento pubblico<sup>4</sup> in forma notarile (in questo caso davanti al coadiutore del notaio), e precisamente, era intenzione della testatrice, dal momento che la sua successione sembrava presentare indubbi elementi di internazionalità, poiché ella era titolare di beni immobili anche in Polonia<sup>5</sup>, effettuare espressamente la scelta della legge applicabile alla sua successione (c.d. *professio iuris* testamentaria).

Con tale scelta la signora avrebbe inteso individuare la legge dello Stato dell'Ucraina, di cui possedeva la cittadinanza al momento della scelta, proprio come consente l'articolo 22 del regolamento successioni<sup>6</sup>.

attribuire pubblica fede agli atti che stipula e di garantire la sicurezza delle operazioni che si svolgono alla sua presenza, tutelando, in egual misura, gli interessi di tutti i contraenti a prescindere da chi gli abbia conferito l'incarico. Esattamente come in Italia, anche in Polonia è contemplata la figura del notaio coadiutore, ovvero del sostituto del notaio, figura introdotta nella legislazione polacca dalla legge del 13 giugno 2013 che ha modificato la legge notarile del 14 febbraio 1991. Tale soggetto può svolgere la funzione di coadiutore ai sensi dell'articolo 76 della legge notarile polacca, ove abbia superato positivamente l'esame notarile, prestato giuramento e sia iscritto all'elenco dei rappresentanti dei notai di un determinato distretto notarile. Nella prassi, come in Italia, tali soggetti svolgono tali funzioni in attesa della assegnazione definitiva della sede notarile. Fonte: sito web della Camera dei Notai di Danzica, reperibile al link: [gdn.pl/izba-notarialna-w-gdanskuzastecy-notarialni/](http://gdn.pl/izba-notarialna-w-gdanskuzastecy-notarialni/).

Il rinvio pregiudiziale in oggetto, peraltro, in un primissimo momento aveva suscitato anche una interessante questione processualistica, essendo stato proposto direttamente dal coadiutore del notaio, e non da un giudice nazionale. La Corte quindi in un primo momento dichiarò la manifesta irricevibilità della domanda per carenza di legittimazione da parte del coadiutore a sollevare la questione, in quanto non titolare della qualità di «giurisdizione» ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Per approfondimenti sulla questione si veda: Corte giust. ord. 1° settembre 2021, C-387/20, OKR.

<sup>4</sup> Nella traduzione della sentenza proposta dalla Corte si parla di “testamento autentico”; tuttavia poiché nel nostro ordinamento interno non viene utilizzata tale dicitura, per una maggiore semplicità ed intelligibilità del presente contributo si utilizzerà il termine tecnico che si sarebbe utilizzato nell'ordinamento interno, ossia la dicitura civilistica di “testamento pubblico” (art 603 c.c.).

<sup>5</sup> Nello specifico, la testatrice risultava titolare di due immobili, in comproprietà con terzi, siti in territorio polacco.

<sup>6</sup> «Articolo 22 – Scelta di legge. 1. Una persona può scegliere come legge che regola la sua intera successione la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte. Una persona con più di una cittadinanza può scegliere la legge di uno qualsiasi degli Stati di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte. 2. La scelta di legge deve essere effettuata in modo espreso a mezzo di dichiarazione resa nella forma di una disposizione a causa di morte o risultare dalle clausole di tale disposizione. 3. La validità sostanziale dell'atto con cui è stata fatta la scelta di legge è disciplinata dalla legge scelta. 4. La modifica o la revoca della scelta di legge devono soddisfare le condizioni di forma previste per la modifica o la revoca di una disposizione a causa di morte».

Tuttavia il coadiutore esprimeva il proprio dissenso rifiutandosi di ricevere la *professio iuris* così delineata adducendo in primo luogo l'inapplicabilità del regolamento successioni alla testatrice in quanto cittadina di uno Stato terzo, ed in secondo luogo l'impossibilità di esprimere la scelta della legge applicabile nel caso concreto in virtù della presenza di un accordo bilaterale conclusosi tra Polonia ed Ucraina circa la legge applicabile alle successioni che presentano elementi di internazionalità tra i due Stati, accordo conclusosi ben prima dell'entrata in vigore del regolamento successioni.

Instaurata la causa davanti al Tribunale di Opole, il giudice di prime cure ha ritenuto di dover sollevare una duplice questione interpretativa sulle norme del regolamento.

In particolare, una prima questione concerne l'interpretazione dell'articolo 22 del regolamento concernente la *professio iuris* e segnatamente la possibilità di effettuare la scelta della legge applicabile alla successione anche da parte di un cittadino di uno Stato terzo, seppur residente in uno Stato membro.

La seconda questione, di maggior interesse e rilievo pratico, se non altro per la portata della decisione resa, riguarda invece l'interpretazione dell'articolo 75 del regolamento successioni nella parte in cui «non pregiudica» l'applicazione di trattati bilaterali precedentemente conclusi da uno Stato membro con altri Stati terzi. Tale norma infatti, alla stregua di quanto accade con il meccanismo delle «clausole di compatibilità o coordinamento», stabilisce una regola di priorità a favore dell'applicazione di un trattato internazionale bilaterale preesistente, che nel caso di specie era proprio l'Accordo tra Repubblica di Polonia e Ucraina del 24 maggio 1993 «sull'assistenza legale e le relazioni giuridiche in materia civile e penale»<sup>7</sup>.

Oggetto di indagine della pronuncia della Corte di giustizia è quindi il regolamento successioni, ossia il regolamento n. 650/2012, del quale si anticipano in questa sede alcune caratteristiche fondamentali, ai fini di una migliore comprensione della questione posta all'attenzione della Corte.

Il regolamento successioni costituisce un insieme integrale ed organico di norme di diritto internazionale privato, con la rilevante novità della creazione del certificato successorio europeo, al fine di facilitare in tutti gli Stati membri, soprattutto quelli dove sono situati i beni caduti in successione, il riconoscimento tanto dei diritti degli eredi e dei legatari, determinati dalla

<sup>7</sup> Si può già anticipare, come è stato rilevato anche dall'Avvocato generale, che tale Accordo internazionale si inserisce in un quadro geopolitico del tutto peculiare e delicato: l'Ucraina aveva da poco tempo proclamato la propria indipendenza dalla Russia, e la Polonia fu il primo Stato a riconoscere lo Stato dell'Ucraina. Da quel momento iniziarono una serie di iniziative di collaborazione internazionale tra i due Paesi, delle quali l'Accordo che viene in rilievo nel caso di specie è solo un esempio.

legge applicabile alla successione, quanto dei poteri delle persone che agiscono in qualità di amministratori o esecutori della successione<sup>8</sup>.

Un'altra importante caratteristica è costituita dalla applicazione "universale" del regolamento, in quanto, ai sensi dell'articolo 20 del medesimo, si deve applicare la legge determinata dalle norme del regolamento anche quando questa è la legge di uno Stato terzo, andando così il regolamento a sostituire integralmente le vigenti norme del diritto degli Stati membri (per l'Italia, la legge n. 218/1995).

Parimenti significativa è la scelta operata dal regolamento n. 650/2012 circa il criterio di collegamento principe adottato in tema di successioni, ossia quello della residenza abituale del defunto al momento della morte, come sancito dall'articolo 21 primo comma del regolamento. Solo in seconda battuta, ove risultino collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso da quello cui la legge sarebbe applicabile ai sensi dell'articolo 21 primo comma, è la legge di quest'ultimo Stato quella applicabile alla intera successione.

Il regolamento offre poi la possibilità di effettuare la c.d. *professio iuris* ai sensi dell'articolo 22, indicando quale legge applicabile all'intera successione quella dello Stato del quale il *de cuius* possiede la cittadinanza al momento della morte o della scelta (il criterio della cittadinanza, peraltro, era proprio quello individuato dal legislatore italiano nella legge n. 218/1995)<sup>9</sup>. Una volta individuata la legge applicabile alla successione, mediante l'utilizzo dei criteri di collegamento indicati dal regolamento o grazie alla scelta della legge applicabile, essa regola l'intera successione in ogni suo aspetto: tale è il risultato del principio di universalità cui è improntato il regolamento, testimoniato in particolare dal disposto dell'articolo 23.

Tornando alla questione posta all'attenzione della Corte di giustizia, si può già anticipare che essa, dopo aver agevolmente risolto la prima questione pregiudiziale, affermando che è sufficiente la residenza in uno Stato membro ai fini della legittimazione alla *professio iuris*, si dedica maggiormente alla seconda, dichiarando che la presenza del trattato bilaterale impedisce alla testatrice di effettuare nel caso di specie una valida *professio iuris* testamentaria in favore della legge ucraina. Di conseguenza, la successione avrebbe dovuto essere regolata, con riferimento ai beni situati in Polonia, esclusivamente dalla legge dello Stato polacco, ossia dalla *lex rei sitae*. *Rebus sic stantibus*, pertanto, la signora OP non avrebbe potuto effettuare una scelta quanto alla legge applicabile, non essendo tale facoltà contemplata

<sup>8</sup> Sul certificato successorio europeo: F. MAOLI, *Il certificato successorio europeo tra regolamento (UE) n. 650/2012 e diritto interno*, Napoli, 2021.

<sup>9</sup> Più in generale, sui criteri di collegamento nel diritto internazionale privato: F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, Milano, 2022.

nell'accordo bilaterale, la cui applicazione non deve essere pregiudicata grazie all'articolo 75 del regolamento successioni.

## 2. *La prima questione*

La prima questione, riguardante il campo di applicazione soggettivo del regolamento successioni, viene risolta in pochi passaggi nella sentenza della Corte, dal momento che il problema sollevato non presentava particolari difficoltà, essendovi peraltro in dottrina<sup>10</sup> un orientamento consolidato a riguardo, ma soprattutto essendo la risposta già desumibile da una lettura coordinata e sistematica delle disposizioni del regolamento.

La risposta alla domanda del giudice di Opole (e quindi del coadiutore), ovvero se un cittadino di uno Stato terzo, seppur residente in uno Stato membro, possa effettuare la scelta della legge applicabile alla propria successione ai sensi dell'articolo 22 del regolamento, è infatti positiva. Un cittadino di uno Stato terzo residente in uno Stato membro può a tutti gli effetti operare la scelta della legge applicabile alla propria successione ai sensi dell'articolo 22 del regolamento, proprio perché il regolamento successioni ha una applicazione estesa a qualunque soggetto che risieda in uno Stato membro dell'Unione europea, indipendentemente dalla cittadinanza.

Brevemente, le argomentazioni tradizionalmente utilizzate in dottrina e riprese anche dalla Corte sono riassumibili come segue.

In primo luogo, la lettura combinata dell'articolo 20 del regolamento, nella parte in cui prevede espressamente che la legge designata si applichi anche quando sia la legge di uno Stato terzo, con l'articolo 22 circa i presupposti della scelta della legge applicabile. Infatti, da un lato, poiché il testatore può scegliere quale *lex successionis* la legge dello Stato di cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte, e dall'altro, poiché tale legge può essere quella di uno Stato terzo, è evidente che anche il cittadino di uno Stato terzo può effettuare una valida *professio iuris* ai sensi del regolamento. Se così non fosse, non troverebbe applicazione la disposizione di cui

<sup>10</sup> Sul campo di applicazione del regolamento 650/2012: P. FRANZINA, A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato delle successioni mortis causa*, Milano, 2013; A. BONOMI, P. WAUTELET, *Il regolamento europeo delle successioni. Commentario al Reg. UE 650/2012 applicabile dal 17 agosto 2015*, Milano, 2015; D. GIRARDI, *Il Regolamento UE n. 650/2012 e la legge applicabile alla successione*, in *Federnotizie*, 12 ottobre 2018; E. CALÒ, M. T. BATTISTA, D. MURITANO, *Le successioni nel diritto internazionale privato dell'Unione europea – Regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012 – Lineamenti teorici e casi pratici*, Napoli, 2019; J. RE, *Pianificazione successoria e diritto internazionale privato*, Milano, 2020.

all'articolo 22 nella parte in cui la legge scelta può essere quella dello Stato di cittadinanza del testatore al momento della scelta<sup>11</sup>.

Inoltre, dalla lettera dell'articolo 22 del regolamento, riferendosi genericamente a qualsiasi "persona", si desume la portata generale della norma, a prescindere dalla cittadinanza<sup>12</sup>.

Peraltro la tecnica legislativa consistente nell'evitare di riferirsi al "cittadino", prediligendo invece terminologie più generali slegate dal concetto di cittadinanza, è utilizzata dal legislatore europeo in altri frangenti, nell'ottica armonica che anima il sistema di diritto dell'Unione europea. Si pensi ad esempio, al regolamento UE n. 1103/2016 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, il quale all'articolo 22 riguardante la scelta della legge applicabile si riferisce direttamente ai "coniugi o nubendi", conferendo ai medesimi la facoltà di scegliere la legge dello Stato (anche eventualmente terzo) di cittadinanza di uno dei coniugi<sup>13</sup>.

Infine, anche il considerando n. 38 del regolamento successioni si riferisce genericamente a qualsiasi "cittadino" e non specificatamente ai soli cittadini dell'Unione<sup>14</sup>.

In conclusione, la Corte di giustizia invita il giudice del rinvio ad una rilettura sistematica del regolamento, al fine di rispondere positivamente alla prima questione.

### 3. *La seconda questione: operatività dell'articolo 75 del regolamento UE n. 650/2012*

La seconda questione oggetto di interesse è sicuramente di maggior rilievo anche dal punto di vista pratico. Il pubblico ufficiale rogante infatti si rifiuta di ricevere il testamento pubblico della signora OP contenente la *professio iuris* poiché a suo dire la disposizione sarebbe stata invalida, dal momento che si sarebbe dovuto applicare *tout court* l'accordo bilaterale stipulato tra Polonia e Ucraina nel 1993, a mente del quale la legge applicabile alla successione della *de cuius* possidente beni immobili in Polonia sarebbe

<sup>11</sup> Cfr. punto 21 della sentenza.

<sup>12</sup> Cfr. punti 17-19 della sentenza.

<sup>13</sup> Per approfondimenti circa i regolamenti UE 1103 e 1104 del 2016: M. J. CAZORLA GONZÁLEZ, M. GIOBBI, K. J. ŠKERL, L. RUGGERI, S. WINKLER, *Regimi patrimoniali nelle coppie transnazionali nell'Unione europea*, Napoli, 2020.

<sup>14</sup> Cfr. punto 23 della sentenza.



stata, riguardo a tali beni, proprio la legge polacca, quale *lex rei sitae*, senza (apparente) possibilità di effettuare una diversa scelta<sup>15</sup>.

Secondo il coadiutore del notaio, infatti, l'articolo 75 del regolamento, nel "non pregiudicare" l'applicazione dei trattati internazionali bilaterali conclusi con Stati terzi, determina l'impossibilità di usufruire dell'articolo 22 del regolamento nella parte in cui la sua applicazione sarebbe incompatibile con quanto statuito dal trattato bilaterale preesistente.

Ebbene, la conclusione della Corte di giustizia, come suggerita anche dall'Avvocato generale, si sviluppa proprio in tal senso, ossia nella considerazione per cui tale trattato bilaterale, non contemplando espressamente la possibilità di effettuare la *professio iuris*, non la ammette, preferendo invece ritenere che la presenza dell'articolo 75 consenta di sfuggire all'area di operatività dell'articolo 22 del regolamento in favore dell'applicazione di un trattato bilaterale concluso con uno Stato terzo.

#### 4. *Le riflessioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona*

L'Avvocato generale inquadra compiutamente il nodo problematico della questione principale (ovvero la seconda questione oggetto di rinvio), consistente appunto nella corretta interpretazione dell'articolo 75 del regolamento nella parte in cui esso «non pregiudica l'applicazione delle convenzioni internazionali di cui uno o più Stati membri sono parte al momento dell'adozione del presente regolamento e che riguardano materie disciplinate dal presente regolamento».

In sintesi, come emerge chiaramente dalle parole dell'Avvocato generale, le strade percorribili sono due: o si applica l'articolo 22 del regolamento e quindi la testatrice può validamente effettuare la *professio iuris*, oppure la convenzione bilaterale preesistente tra Polonia e Ucraina prevale sul regolamento<sup>16</sup>. In tale seconda ipotesi tuttavia bisognerebbe stabilire se l'assenza nella predetta convenzione di alcuna previsione circa la *professio iuris* sia da intendersi quale mera lacuna, eventualmente integrabile e colmabile, ovvero impossibilità di compiere una scelta della legge applicabile.

Dopo aver analizzato la natura giuridica della disposizione di cui all'articolo

<sup>15</sup> Per ulteriori considerazioni sul punto si veda *infra*; tuttavia si può già anticipare in questa sede che sembra illogico ritenere che il silenzio della norma contenuta nel trattato debba essere interpretato nel senso di "diniego".

<sup>16</sup> Non sembra esserci spazio, neppure a parere dell'Avvocato generale, per una pronuncia "aperta" e che lasci all'interprete nazionale il compito di valutare la incompatibilità o meno delle disposizioni del trattato bilaterale con il diritto dell'Unione.

75, quale clausola di coordinamento tipica anche di altri regolamenti dell'Unione europea (si pensi ad esempio al regolamento n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ed in particolare agli articoli 57 e 71 del predetto regolamento), l'Avvocato generale rileva che tra il regolamento successioni e l'accordo bilaterale in questione non vi sia alcuna contraddizione o incompatibilità.

Le pagine seguenti delle conclusioni sono dedicate ad una serie di argomentazioni volte a dimostrare in buona sostanza tali assunti:

a) che la scelta della legge applicabile alla successione non rientra tra i principi informativi del regolamento n. 650/2012;

b) che il principio di unità della successione<sup>17</sup>, cui si è ispirato il regolamento al fine di semplificare la gestione delle successioni con elementi di internazionalità, è un principio non assoluto;

c) che, peraltro, l'articolo 12 del regolamento<sup>18</sup> presuppone la derogabilità del principio di unità della successione, ragion per cui tale principio va rispettato *a fortiori* in presenza di un accordo bilaterale che integri la soluzione dualista, come quello stipulato tra Polonia e Ucraina.

L'Avvocato generale sostiene quindi che non vi sarebbe contraddizione tra il regolamento e l'Accordo bilaterale; conclusione che tuttavia non è pienamente condivisibile. Basti pensare, ad esempio, all'evidente *favor* che il regolamento successioni adotta verso l'istituto della *professio iuris*: non solo il legislatore europeo ha previsto la possibilità di effettuare una scelta espressa della legge applicabile, ma ha altresì contemplato la possibilità di una scelta "implicita" desumibile dal tenore letterale delle disposizioni *mortis causa*: ciò indica sicuramente che la scelta della legge applicabile costituisce uno dei principi informativi del regolamento, principio che tuttavia non permea l'Accordo bilaterale tra Polonia e Ucraina in questione.

Ad ogni modo, l'Avvocato generale spende ancora qualche parola per rilevare che in subordine, ossia quand'anche qualcuno volesse trovare una contraddizione tra il regolamento successioni e l'accordo bilaterale, l'articolo 75 del regolamento dovrebbe essere interpretato alla luce dell'articolo 351 TFUE, norma che riguarda la risoluzione delle incom-

<sup>17</sup> Sul principio di unità della successione ed i diversi approcci adottabili si veda *infra*.

<sup>18</sup> «Articolo 12 – Limitazione del procedimento. 1. Se l'eredità comprende beni situati in uno Stato terzo, l'organo giurisdizionale adito per decidere sulla successione può, su richiesta di una delle parti, astenersi dal decidere su uno o più di tali beni qualora si possa supporre che la sua decisione sui beni in questione non sarà riconosciuta né, se del caso, dichiarata esecutiva in tale Stato terzo. 2. Il paragrafo 1 non pregiudica il diritto delle parti di limitare l'oggetto del procedimento ai sensi della legge dello Stato membro dell'organo giurisdizionale adito».

patibilità tra il diritto dell'Unione ed alcune convenzioni tra Stati membri e Stati terzi<sup>19</sup>.

Non appare inoltre essere stato oggetto di adeguata argomentazione<sup>20</sup> l'apodittico assunto di cui al punto 54 delle conclusioni dell'Avvocato generale, secondo il quale «il silenzio dell'accordo bilaterale sulla scelta di legge in materia successoria significa che tale scelta è esclusa per una successione che rientra nell'accordo stesso».

Orbene, poiché il ragionamento dell'Avvocato generale è basato su tale presupposto, la conclusione raggiunta non tiene conto del fatto che invece il silenzio dell'accordo bilaterale avrebbe potuto essere interpretato diversamente, fornendo al diritto dell'Unione uno spazio di operatività, al fine di colmare la "lacuna" della fonte convenzionale.

Come è stato osservato, infatti, compito precipuo delle clausole di compatibilità e di coordinamento, quali quella di cui all'art 75 del regolamento, non è quello di disconoscere ogni rilevanza alla normativa dell'Unione allorquando concorra con una disciplina pattizia speciale, bensì quello di attribuire alla prima una fondamentale funzione complementare, suppletiva e sussidiaria rispetto a quest'ultima<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> In questo caso, la soluzione sarebbe quindi quella di evitare in primo luogo la contraddizione fornendo all'accordo bilaterale una interpretazione conforme al diritto dell'Unione, ed in secondo luogo adottare le misure necessarie per eliminare la medesima contraddizione. Tuttavia, *medio tempore*, l'Unione autorizza ad applicare l'accordo bilaterale, seppur in contraddizione, al fine di soddisfare l'obbligo internazionale assunto. Si vedano i par. 80-86 delle conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, del 23 marzo 2023, C-21/22, *OP*.

<sup>20</sup> In nota, infatti, l'Avvocato generale si limita a ricordare che l'interpretazione di tale aspetto dell'accordo bilaterale spetterebbe al giudice nazionale. Ed invero è strano che poi la Corte di giustizia, nel dispositivo della sentenza, si addentri nel campo dell'interpretazione di un atto bilaterale non facente parte del diritto dell'Unione. Nel caso di specie, infatti, ci si sarebbe aspettati in prima battuta un dispositivo che consentisse l'operatività del diritto dell'Unione al fine di supplire alla lacuna creata dal diritto pattizio (si veda *infra*, par. 4), ed in seconda battuta, perlomeno, un dispositivo "aperto", che fornisse un mero criterio orientativo all'interprete nazionale della modalità di risoluzione della questione, in conformità al diritto dell'Unione, ma lasciando pur sempre a quest'ultimo il potere di decidere se, avuto riguardo alla prassi interna e alle regole di interpretazione del trattato bilaterale, il medesimo confliggesse o meno con il regolamento successioni.

<sup>21</sup> Le parole e l'osservazione, con riferimento nello specifico alla clausola di coordinamento di cui all'articolo 71 del regolamento 1215/2012 (c.d. Bruxelles I-bis), sono di S. M. CARBONE in S. M. CARBONE, C. E. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE n. 1215/2012*, Torino, 2016, p. 12 ss. L'Autore osserva peraltro che anche la Corte di giustizia si è pronunciata nel senso della prevalenza applicativa della disciplina comunitaria con riferimento a fattispecie ove la normativa internazionale pattizia era non solo lacunosa o carente rispetto alla normativa comunitaria, ma anche recante una

Non risulta chiaro quindi, ed è questa la principale critica che si può muovere al ragionamento dell'Avvocato generale, perché, da un lato, non dare una accezione positiva a tale silenzio, e dall'altro, non promuovere l'applicazione del diritto dell'Unione in un'area scoperta che avrebbe potuto essere colmata, senza che si cadesse in conflitto con convenzioni bilaterali preesistenti o con il disposto dell'articolo 75 del regolamento.

In conclusione, il suggerimento dell'Avvocato generale sarebbe quello di dare maggior rilievo all'articolo 75 del regolamento e quindi alla convenzione bilaterale intercorsa tra Polonia e Ucraina, basata sul principio della scissione della successione, senza preoccuparsi del mancato rispetto del principio del *favor* per la scelta della legge applicabile, nonché di unità della successione, in quanto derogabile.

La Corte di giustizia, nell'accogliere il ragionamento dell'Avvocato generale, lo ha fatto proprio, considerando, in primo luogo, che la mera presenza di un accordo bilaterale tra Polonia e Ucraina sottrae ogni ambito di operatività al regolamento successioni, e che tale trattato, non contemplando espressamente la possibilità di effettuare la *professio iuris*, non possa essere neppure integrato dal diritto dell'Unione.

##### 5. *Unità della successione: un principio soccombente*

La questione posta all'attenzione della Corte di giustizia offre la possibilità di riflettere sulla portata del principio di unità della successione, come consacrato nel regolamento delle successioni e sulla sua derogabilità, o perlomeno, "non assolutezza".

Con riferimento alla legge applicabile ad una successione internazionale si possono infatti individuare due grandi sistemi, ossia quello c.d. unitario e quello c.d. scissionista.

La teoria unitaria prevede che, in ogni caso, la legge applicabile ad una successione con elementi di internazionalità sia una ed unica, a prescindere dalla localizzazione dei beni facenti parte la massa ereditaria: in pratica, la successione si apre in un unico luogo ed una sola è la legge che ne regola tutti gli aspetti.

La teoria scissionista, invece, ammette che la *lex successionis* possa non essere unica, ma che sulla base della natura e soprattutto dell'ubicazione dei

disciplina autonoma e adeguatamente complessa, ancorché non omogenea nei contenuti rispetto a quella comunitaria. Tali conclusioni possono pertanto ragionevolmente riproporsi in linea generale per qualsiasi situazione nella quale sia necessario valutare la compatibilità o il coordinamento tra la normativa europea e le fonti convenzionali *a latere*.

beni ereditari possano distinguersi più masse ereditarie, ciascuna sottoposta ad una propria legge applicabile, determinando un vero fenomeno di “scissione della successione”.

Tendenzialmente i Paesi di *common law* seguono il modello scissionista, mentre quelli di *civil law* seguono quello unitario; entrambi i sistemi presentano vantaggi e punti di debolezza, ma quel che preme sottolineare è la difficoltà di affrontare situazioni nelle quali i due approcci non si conciliano, lasciando spazio all’incertezza della regolamentazione delle fattispecie<sup>22</sup>.

Tale incertezza è concausa diretta del proliferare del contenzioso, ove peraltro le soluzioni adottate non sempre sono “scontate”, anche sul piano dell’ordinamento interno: a tal fine, si può ricordare una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la n. 2867/2021, con la quale la Suprema Corte ha affermato che il verificarsi di una scissione tra beni mobili e immobili del defunto, e quindi l’apertura di due successioni e la formazione di due distinte masse ereditarie, nonché l’applicazione di due diverse leggi, non determina alcun contrasto con l’ordine pubblico di cui all’articolo 16 della legge n. 218/1995<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> *Ex pluribus* E. VITTA, *Diritto internazionale privato: diritti reali, successioni e donazioni, obbligazioni, appendici*, Torino, 1975; P. PICONE, *La legge applicabile alle successioni*, in *La riforma del diritto internazionale privato e i suoi riflessi sull’attività notarile* (atti del Convegno di Studi in onore di M. Marano, Napoli, 1990), Milano, 1991; A. DAVÌ, *Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni*, in *RDI*, 2005; A. ZOPPINI, *Le successioni nel diritto comparato (note introduttive)*, in G. ALPA, M. J. BONELL, D. CORAPI, L. MOCCIA, V. ZENO-ZENCOVICH, A. ZOPPINI (a cura di), *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma, 2008; F. TROMBETTA-PANIGADI, *Le successioni mortis causa nel diritto internazionale privato*, in G. BONILINI (a cura di), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009; J. RE, *op. cit.*, p. 30 ss.

<sup>23</sup> Nel caso di specie, una vedova reclamava l’applicazione della norma di diritto inglese per effetto della quale la celebrazione di un matrimonio dopo la confezione di un testamento importa la revoca del testamento stesso. La Cassazione, ammettendo la possibilità di regolare la fattispecie con due leggi differenti, ha affermato che, scindendosi la massa ereditaria in massa mobiliare (regolata dalla legge inglese) e massa immobiliare (regolata dalla legge italiana), ognuna di dette leggi deve essere osservata con riguardo alla devoluzione della rispettiva massa. Quindi, il testamento è considerato revocato ai sensi del diritto inglese, ma non ai sensi del diritto italiano. La sentenza è rilevante nonostante sia dettata con riferimento alla normativa precedente il regolamento perché legittima la scissione della successione e la formazione di due masse ereditarie, ognuna soggetta alla propria legge, da cui consegue che la legge applicabile a ogni massa individua gli eredi, determina l’entità delle quote di eredità, regola le modalità di accettazione dell’eredità, appresta l’eventuale tutela dei legittimari, disciplina validità ed efficacia del titolo successorio, compresa la revoca del testamento. Fonte: A. BUSANI, *La successione transfrontaliera sdoppia la «massa»*, in *IlSole24Ore*, 17 febbraio 2021, reperibile anche al link: [www.notaio-busani.it/it-IT/articoli-del-notaio-archivio.aspx](http://www.notaio-busani.it/it-IT/articoli-del-notaio-archivio.aspx). Sulla questione si vedano anche: M. CASTELLANETA, *La Corte di Cassazione interviene su qualificazioni e rinvio in materia di successioni internazionali*, reperibile al link: [www.marinacastellaneta.it/blog/](http://www.marinacastellaneta.it/blog/),

L'esito di tale pronuncia lascia perplesso lo studioso e l'operatore del diritto del nostro ordinamento interno, nel quale uno dei principi cardine della materia successoria è costituito proprio dal principio di unitarietà ed inscindibilità del fenomeno successorio. Il legislatore italiano, infatti, ha abbracciato l'approccio unitario, e pertanto ha fortemente rifiutato qualsivoglia fenomeno di scissione della successione (così già nell'articolo 46 comma 1 della legge n. 218/1995). Peraltro, ai sensi dell'articolo 456 c.c. la successione si apre nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto al momento della morte, a prescindere dall'ubicazione dei beni o dalla loro natura; parimenti la massa ereditaria è sempre una sola e non è contemplata una duplicità di masse<sup>24</sup>.

Con riferimento poi ai criteri di collegamento maggiormente utilizzati, i sistemi unitari adottano tendenzialmente il criterio della cittadinanza del *de cuius* o del domicilio o della residenza abituale all'apertura della successione, mentre i sistemi scissionisti utilizzano tali criteri solo per i beni mobili, assumendo quale disciplina applicabile per gli immobili la *lex rei sitae*.

Ognuno dei criteri infatti è portatore di valori propri ed è indicatore degli obiettivi di politica del diritto perseguiti, così come la scelta a favore dell'approccio unitario o di quello scissionista. La varietà di possibilità offerte rende decisamente improbabile una regolamentazione uniforme della medesima fattispecie successoria da parte dei differenti ordinamenti nazionali, determinando non irrilevanti complicazioni in fase di programmazione successoria<sup>25</sup>.

Per far fronte a tali difficoltà, la comunità internazionale ha cercato di fornire degli antidoti alla complessità del sistema<sup>26</sup>; a tal fine anche l'Unione europea si è fatta portatrice attiva delle problematiche sopra evidenziate e, nell'ambito delle competenze ad essa devolute, ha emanato il regolamento UE n. 650/2012.

In particolare, nel regolamento successioni il legislatore europeo ha abbracciato il principio di unità della successione, dal momento che una volta individuata la legge applicabile alla successione, mediante l'utilizzo dei criteri di collegamento indicati dal regolamento o grazie alla scelta della legge applicabile, essa

del 17 febbraio 2021; D. MURITANO, *Le Sezioni unite si pronunciano su qualificazione e rinvio nel diritto internazionale privato in materia successioni*, in *Portale Aldricus*, 28 maggio 2021.

<sup>24</sup> Per approfondimenti si veda G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2023.

<sup>25</sup> Per un migliore inquadramento della tematica della pianificazione successoria si veda C. GRIECO, *Il ruolo dell'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato delle successioni transfrontaliere*, Macerata, 2019; J. RE, *op. cit.*, p. 30 ss.

<sup>26</sup> Primo tra tutti la Convenzione dell'Aja del 1961 sui conflitti di legge in materia di forma delle disposizioni testamentarie, che disciplina la forma dei testamenti internazionali. Solo nel 1973 si è dato vita ad una Convenzione sul testamento internazionale, la Convenzione di Washington, in vigore per l'Italia dal 16 novembre 1991, che pone in essere una nuova forma testamentaria che si affianca a quelle tradizionali regolate dal diritto interno.

regola l'intera successione in ogni suo aspetto: tale è il risultato del principio di universalità cui è improntato il regolamento all'articolo 23.

Si evidenzia quindi come anche l'approccio scelto dal regolamento sia sicuramente unitario, volto ad eliminare ogni possibile margine di incertezza nelle questioni successorie che presentano elementi di internazionalità, al fine di dotare gli Stati membri di una disciplina di diritto internazionale privato il più possibile completa ed esaustiva nella definizione di fattispecie successorie internazionali.

Eppure, nel caso di specie, la Corte rileva che tale principio, seppure accolto dal regolamento, non sia assoluto. Secondo la Corte di giustizia il principio unitario è derogabile, o comunque non esclude l'applicazione in determinate condizioni, dell'opposto principio della scissione<sup>27</sup>.

## 6. *Considerazioni conclusive*

La crescente internazionalizzazione del fenomeno successorio, dovuta in primo luogo alla maggiore facilità di circolazione delle persone, in particolare all'interno dell'Unione europea, ed in secondo luogo la localizzazione dei beni patrimoniali in differenti Stati, determina l'esigenza di predisporre una regolamentazione chiara e precisa delle successioni internazionali<sup>28</sup>.

La presenza e l'incremento di tali fenomeni successori connotati da transnazionalità ha determinato l'esigenza per gli Stati membri dell'Unione di regolamentare e prevenire la formazione di potenziali conflitti circa la disciplina applicabile alla successione, dando quindi impulso all'adozione di un impianto normativo unitario (il regolamento n. 650/2012) tenendo sempre presente però che l'ambito successorio, rispetto ad altre branche del diritto, si presta poco a contaminazioni, in quanto storicamente si tratta di uno dei rami del diritto maggiormente ancorati allo Stato nazionale ed ai suoi principi e valori interni.

Una fattispecie successoria internazionale presenta molteplici complessità e conseguentemente un basso grado di prevedibilità; ciò conduce ad un alto livello di incertezza ed alle relative conseguenze in termini di conten-

<sup>27</sup> Testualmente, si riporta qui il punto 34 della sentenza: «Vero è che la Corte ha dichiarato che l'obiettivo generale di tale regolamento, consistente nel riconoscimento reciproco delle decisioni emesse negli Stati membri in materia di successioni, si ricollega al principio dell'unità della successione (v., in tal senso, Corte giust. 21 giugno 2018, C-20/17, *Oberle*, punti 53 e 54). Tuttavia, non si tratta di un principio assoluto [v., in tal senso, Corte giust. 16 luglio 2020, C-80/19, *E.E.* (Competenza giurisdizionale e legge applicabile alle successioni), punto 69].».

<sup>28</sup> Per qualche dato statistico aggiornato, si rinvia a: EUROSTAT, *Migration and migrant population statistics*, reperibili all'indirizzo: [www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title](http://www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title).



zioso. La ragione di ciò si rinviene nella maggiore presenza all'interno del diritto successorio di fattori sociali, economici e culturali, nonché ai diversi metodi attraverso i quali ciascun ordinamento risolve i problemi tipici del diritto internazionale privato<sup>29</sup>.

In questo quadro, non solo l'impianto normativo predisposto dal legislatore dell'Unione, ma anche gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia giocano un importante ruolo orientativo, sia per il giudice nazionale chiamato a decidere controversie in tema di successioni internazionali, sia per il singolo cittadino che volesse predisporre le sue ultime volontà. La tematica della conoscibilità e prevedibilità della legge applicabile alla successione è di grande rilievo in questo campo, ove il testatore è chiamato ad una valutazione ponderata delle conseguenze derivanti dalla scelta di una legge piuttosto che di un'altra, o dalla mancata scelta della legge, ragion per cui si avvale spesso del consulto di un professionista del settore.

A riprova di ciò, si ricorda come anche i *considerando* del regolamento successioni abbiano dedicato ampio spazio ai principi di autonomia e libertà testamentaria nonché al principio di prevedibilità della legge applicabile alla successione, al fine di scongiurare l'incertezza foriera di un fastidioso contenzioso.

Ciononostante, dall'analisi della sentenza in commento, sembra che anche tali principi possano rimanere in secondo piano, davanti a situazioni ove si adotta un atteggiamento di (forse troppa) prudenza, dovuto al timore di incorrere in un atteggiamento di eccessiva ingerenza dell'Unione nei rapporti e negli impegni internazionalmente assunti tra Stati membri e Stati terzi.

L'atteggiamento della Corte di giustizia nel caso di specie sembra essere stato influenzato oltremisura dalla (mera) presenza di un trattato concluso tra uno Stato membro ed uno Stato terzo. La sentenza emessa, per questo aspetto, può essere criticabile, dal momento che la Corte in buona sostanza non ha inteso conferire alla ricorrente la facoltà di operare la scelta della legge applicabile sulla base del regolamento successioni, seppure in una fattispecie ove, a ben vedere, anche applicando il trattato bilaterale concluso tra Polonia e Ucraina, vi sarebbe stato dello spazio di manovra in tal senso<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> J. RE, *op. cit.*, p. 18 ss.

<sup>30</sup> Si ricorda infatti che il trattato bilaterale è silente in punto di *professio iuris*; sembra quindi applicarsi esclusivamente ai casi di successione che presenti elementi di internazionalità coinvolgenti i due Stati contraenti, senza che sia stata posta in essere la scelta della legge applicabile alla successione. Di conseguenza, si potrebbe agevolmente desumere la piena libertà della testatrice di effettuare la *professio iuris* in vista della propria successione internazionale. Ma anche a voler adottare un atteggiamento rigido, il trattato bilaterale in questione avrebbe potuto essere colmato dal diritto dell'Unione, come meglio illustrato *supra*, par. 4.

Sembrerebbe una decisione che quindi fa fare “un passo indietro” al diritto dell’Unione, ossia al regolamento n. 650/2012, stravolgendo l’esito della fattispecie concreta portata all’attenzione della Corte.

La “prudenza” del giudice europeo nel valutare la questione, senza dubbio delicata, traspare tra le righe della sentenza, e precisamente al punto 27 della medesima ove si statuisce che «qualora uno Stato membro sia parte di un accordo bilaterale concluso con uno Stato terzo prima dell’entrata in vigore del regolamento n. 650/2012 e tale accordo bilaterale contenga disposizioni che prevedono norme applicabili in materia di successioni, sono queste ultime che, in linea di principio, vanno applicate e non quelle previste dal regolamento n. 650/2012 in materia». Ebbene, come anche i primi commenti alla pronuncia hanno evidenziato<sup>31</sup>, il giudice inserisce l’inciso “in linea di principio”, quasi a giustificare che la decisione avrebbe potuto anche prendere una diversa strada nel caso di specie.

Resta ancora da sottolineare che una siffatta pronuncia nel caso concreto ha comportato un grave danno alla testatrice, dal momento che non ha potuto effettuare la *professio iuris* desiderata, aprendo la strada alla scissione della propria successione, con i conseguenti disagi pratici del caso<sup>32</sup>. Sembra che tale aspetto, forse di rilievo troppo pratico, non sia stato preso in considerazione dalla Corte né tantomeno dall’Avvocato generale.

In conclusione, la Corte di giustizia con la sentenza in oggetto, da un lato, ha riaperto la strada della scissione della successione e della derogabilità del principio di unità della successione, e dall’altro, forse per la preoccupazione di assumere un atteggiamento eccessivamente invasivo con riguardo alle relazioni tra Stati membri e Stati terzi, ha perso l’occasione per dare vigore, davanti ad un possibile vuoto di disciplina, ad una previsione anti processualistica ed estremamente tutelante quale la *professio iuris* di cui all’articolo 22 del regolamento successioni.

<sup>31</sup> Il riferimento è all’acuta osservazione di A. WYSOCKA, *The Court of Justice on Succession Regulation and Third State Nationals*, in *EAPIL*, 26 October 2023.

<sup>32</sup> La diretta conseguenza è che alla fattispecie successoria in esame si applicherà il sistema della scissione della successione; per cui sui beni siti in Ucraina la legge applicabile alla successione sarà quella della nazionalità della *de cuius*, mentre per i beni immobili siti in Polonia si applicherà la *lex rei sitae*, ossia la legge polacca.

**Abstract (ita)**

Il contributo intende analizzare le ragioni che hanno portato alla decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea in ordine alla disapplicazione dell'articolo 22 del regolamento UE n. 650/2012, negando ad una cittadina di uno Stato terzo (Ucraina) residente in uno Stato membro (Polonia), la possibilità di effettuare la *professio iuris* testamentaria, a causa dell'esistenza di un accordo internazionale bilaterale fra i predetti Stati, la cui rilevanza è tutelata dall'articolo 75 del medesimo regolamento.

**Abstract (eng)**

The aim of this contribution is to analyze the reasons that led to the ECJ judgment regarding the disapplication of Article 22 of EU Regulation No. 650/2012, denying to a citizen of a third Country (Ukraine) resident in a Member State (Poland), the possibility of carrying out the *professio iuris* in its testament, due to the existence of a bilateral international agreement between the aforementioned States, which relevance is protected by Article 75 of the Regulation.

EVOLUZIONE O INVOLUZIONE  
DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA  
NELLA SENTENZA *SUPERLEAGUE*?

**Fabio Ferraro\***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rapporto tra sport e concorrenza, tra conferme e novità. – 3. L'influenza dell'art. 106 TFUE nella valutazione degli artt. 101 e 102 TFUE. – 4. L'esclusione dell'eccezione *Wouters* nelle restrizioni della concorrenza per oggetto. – 5. Considerazioni finali sui passi avanti o indietro del diritto della concorrenza.

1. *Premessa*

Poco prima delle feste natalizie, la Corte di giustizia ha pronunciato tre sentenze sullo sport, due riguardano il calcio (*Superleague* e *Royal Antwerp Football Club*) e una il pattinaggio su ghiaccio (*International Skating Union*)<sup>1</sup>. È chiaro che la sentenza *Superleague* ha avuto maggiore eco mediatica, in considerazione delle notevoli implicazioni che essa può comportare per lo sport sul piano giuridico, sociale, politico ed economico. Infatti, tale arresto è stato paragonato a una nuova sentenza *Bosman*<sup>2</sup>, in quanto mette fortemente in discussione, con argomentazioni piuttosto articolate e complesse, norme e comportamenti delle federazioni sportive

\* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> Corte giust. 21 dicembre 2023, C-333/21, *European Superleague Company* (d'ora in poi, *Superleague*); in pari data, C-680/21, *Royal Antwerp Football Club* e C-124/21 P, *International Skating Union/Commissione*. La sentenza *Royal Antwerp Football Club* riguarda la compatibilità delle regole UEFA e della Reale associazione calcistica belga (URBSFA) sul vivaio dei giovani delle squadre di calcio con gli artt. 45 e 101 TFUE (*Royal Antwerp Football Club*), mentre la sentenza sul pattinaggio su ghiaccio ha ad oggetto il potere dell'*International Skating Union* di autorizzare la partecipazione di atleti a competizioni sportive organizzate da terzi. Oltre a introdurre degli elementi di novità in merito alla compatibilità con il diritto dell'Unione delle norme arbitrali adottate dalle associazioni sportive, che prevedono l'obbligo di risolvere le controversie tramite il CAS di Losanna, quest'ultima sentenza presenta diversi elementi in comune con l'altra pronuncia sul calcio (*European Superleague Company*), in quanto entrambi gli arresti pongono in discussione il monopolio delle federazioni sportive.

<sup>2</sup> Corte giust. 15 dicembre 1995, C-415/93.

sull'organizzazione, sulla commercializzazione e sullo sfruttamento degli eventi calcistici.

La grande attenzione per questa pronuncia è dimostrata sia dall'elevato numero di Stati membri e di parti private intervenute nella causa pregiudiziale<sup>3</sup>, che non trova precedenti in altri giudizi dinanzi alla Corte di giustizia, sia dai numerosi commenti che essa ha suscitato<sup>4</sup>. Tale sentenza continuerà ad alimentare il vivace dibattito dottrinale anche negli anni a venire, poiché apre scenari finora inesplorati nel sistema calcistico europeo ed è difficile ipotizzare con precisione quali saranno le sue reali conseguenze per l'organizzazione sportiva.

Allo stesso tempo, occorre porre in risalto che l'importanza della sentenza *Superleague* discende anche dalle rilevanti affermazioni in essa contenute in tema di concorrenza, che non possono di certo passare in secondo piano. Nell'ambito dell'accesa discussione su questa sentenza, si ritiene che i profili esaminati dalla Corte di giustizia con specifico riferimento all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE meritino un'attenzione particolare e richiedano ulteriori approfondimenti. Invero, la Corte non solo riprende alcuni principi ormai sedimentati nella giurisprudenza dell'Unione, ma introduce anche taluni elementi di discontinuità, che sembrano fornire nuove chiavi interpretative del diritto della concorrenza. Sotto questo profilo, l'interesse per la sentenza è accentuato vuoi dal fatto che la Corte di giustizia non ha accolto le argomentazioni in materia *antitrust* formulate dall'Avvocato generale Rantos, ribaltando completamente le sue conclusioni<sup>5</sup>, vuoi dall'efficacia di tale sentenza, che va ben oltre il caso esaminato e investe nozioni e concetti fondamentali del diritto della concorrenza.

Il presente contributo si colloca in una limitata prospettiva di indagine, in quanto intende formulare qualche riflessione sulle principali questioni di diritto della concorrenza affrontate dalla sentenza *Superleague*, senza alcuna pretesa di completezza ed esaminando soltanto incidentalmente la complessa problematica della compatibilità delle

<sup>3</sup> Sono intervenuti nel giudizio pregiudiziale 24 Stati.

<sup>4</sup> I principali quotidiani nazionali ed europei hanno richiamato la sentenza della Corte di giustizia. In dottrina, tra i primi commenti, v. S. BASTIANON, *Le sentenze Superlega, ISU e SA Royal Antwerp FC: una prima lettura*, in *BlogDUE*, 14 gennaio 2024; G. BELLENGHI, M. CORREIA DE CARVALHO, *Final Whistle in Luxembourg? Royal Antwerp as yet Another Reminder of EU law's Demand for Better Sports Governance*, in *BlogDUE*, 14 gennaio 2024.

<sup>5</sup> Conclusioni del 15 dicembre 2022, con commento di D. BACH, F. ZIERMANN, *Empowering Monopolists? The Super League Opinion of AG Rantos*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 22 December 2022.

organizzazioni sportive con il diritto dell'Unione<sup>6</sup>. L'obiettivo è anche, e soprattutto, quello di rispondere all'interrogativo se il *decisum* della Corte di giustizia rappresenti un'evoluzione o un'involuzione del diritto della concorrenza.

## 2. *Il rapporto tra sport e concorrenza, tra conferme e novità*

Nelle considerazioni preliminari della Corte di giustizia non sollevano particolari perplessità le affermazioni secondo cui le attività sportive di natura economica sono riconducibili alla nozione di impresa e, parallelamente, le federazioni sportive a quella di associazione di imprese<sup>7</sup>. È ben noto, infatti, che la nozione di impresa è piuttosto ampia e non coincide con le diverse qualificazioni nazionali, giacché comprende qualsiasi ente «che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento»<sup>8</sup>, con la conseguenza che gli organismi sportivi, le società sportive, gli agenti o altri soggetti attivi nel settore sportivo rientrano in questa nozione se svolgono attività consistenti nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato<sup>9</sup>.

La trama argomentativa si colloca nel solco della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, che spesso utilizza una propria terminologia superando gli ostacoli derivanti da rigidi schemi formali o ristrette qualificazioni giuridiche nazionali. In tal senso, infatti, le sentenze della Corte hanno definito una nozione autonoma di impresa, con l'obiettivo di evitare che le

<sup>6</sup> Sul rapporto tra diritto dell'Unione europea e sport, v., *ex multis*, S. WEATHERILL, *European sport law*, Collect papers, The Hague, 2007; M. COLUCCI, R. BLANPAIN, F. HENDRICKX, *The Future of Sport in the European Union* (eds.), The Hague, 2008; E. GREPPI, M. VELLANO (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, Torino, 2010; B. NASCIBENE, S. BASTIANON, *Diritto europeo dello sport*, 2011, Torino; J. TOGNON, *Diritto e politiche dello sport nell'Unione europea*, Padova, 2016; R. PARRISH, *Sports law and policy in the European Union*, Manchester, 2018.

<sup>7</sup> *Superleague*, sopra citata, punto 82 ss.

<sup>8</sup> Corte giust. 28 giugno 2005, C189/02 P, C202/02 P, da C205/02 P a C208/02 P e C213/02 P, *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, punto 112; 10 gennaio 2006, C222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e a.*, punto 107; 11 luglio 2006, C205/03 P, *FENIN/Commissione*, punto 25; 11 dicembre 2007, C-280/06, *ETI e a.*, punto 38; 14 marzo 2019, C-724/17, *Skanska Industrial Solutions e a.*, punto 36.

<sup>9</sup> Al riguardo, sia consentito rinviare a R. MASTROIANNI, F. FERRARO, *Ordinamento sportivo e Diritto dell'Unione europea*, in P. DEL VECCHIO, L. GIACOMARDO, M. SFERRAZZA, R. STINCARDINI (a cura di), *La giustizia nello sport*, Napoli, 2022, p. 76.

norme interne escludano unilateralmente persone, enti e organi dalla sfera di applicazione del diritto della concorrenza<sup>10</sup>.

Semmai, qualche elemento di novità può ravvisarsi nella reintroduzione della nozione di regole puramente sportive, adottate esclusivamente per motivi non economici e che riguardano lo sport in quanto tale, come quelle concernenti l'esclusione dei giocatori stranieri dalla composizione delle squadre partecipanti alle competizioni tra squadre rappresentative del loro Paese. Da un punto di vista formale, si ritorna alla giurisprudenza precedente all'arresto *Meca-Medina*<sup>11</sup>, ma rimane sostanzialmente invariata l'impossibilità di concedere una generale sport *exemption*<sup>12</sup>. Di fatti, l'eccezione valida per le regole puramente sportive deve essere limitata al suo scopo e non può essere invocata per escludere l'intera attività sportiva dalla sfera di applicazione del diritto dell'Unione. Vero è che le norme e i comportamenti della FIFA e della UEFA che sono stati portati all'attenzione della Corte di giustizia, concernenti l'organizzazione e la commercializzazione delle competizioni sportive, così come lo sfruttamento dei diritti connessi, non hanno nulla a che vedere con le regole puramente sportive.

Tuttavia, l'elemento di maggiore novità contenuto nelle considerazioni preliminari della Corte di giustizia è costituito dall'aver evidenziato che le competenze dell'Unione in materia di sport derivanti dagli artt. 165 TFUE e 6, lett. e) TFUE consentono il perseguimento di un'azione piuttosto che di una politica nel settore dello sport. Questa affermazione di principio si lega alla considerazione che l'art. 165 TFUE non attribuisce valore costituzionale

<sup>10</sup> V., per tutti, G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, vol. II, Napoli, I ed., 2021, p. 202 ss.

<sup>11</sup> Corte giust. 18 luglio 2006, C-519/04 P, *David Meca-Medina e Igor Majcen/Commissione*. Sul punto, v. le affermazioni dell'allora direttore dell'Ufficio legale, oggi presidente della UEFA, Gianni Infantino, che descrisse la sentenza *Meca-Medina* come «un passo indietro per il modello sportivo europeo e la specificità dello sport» (così il titolo del contributo presente in [editorial.uefa.com](http://editorial.uefa.com), pubblicato il 2 ottobre 2006). In base a questa sentenza, una norma puramente sportiva non implica che essa sia esclusa *ipso facto* dalla sfera di applicazione del diritto dell'Unione. V. anche S. BASTIANON, *Da Cassis de Dijon a Meca Medina: la specificità dello sport tra divieti e deroghe nel diritto dell'Unione europea*, in *DUE*, n. 3, 2017, p. 417 ss.; J. ZYLBERSTEIN, *Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina*, in *Cahiers de droit européen*, 2007, p. 213.

<sup>12</sup> Come noto, la sentenza *Meca-Medina*, nel confrontarsi con le normative antidoping delle federazioni sportive, ha modificato la distinzione tradizionale ricavabile dalla precedente giurisprudenza tra regole puramente sportive (sottratte al diritto dell'Unione) e regole economiche (assoggettabili invece al diritto dell'Unione), nella parte in cui ha affermato che nel diritto dell'Unione il fatto che una norma sia puramente sportiva non implica che essa sia esclusa *ipso facto* dalla sfera di applicazione del diritto dell'Unione.



al modello europeo di sport<sup>13</sup>, visto che tale articolo non è una disposizione trasversale di portata generale né una disposizione speciale che esenta lo sport dall'applicazione del diritto dell'Unione<sup>14</sup>.

L'Avvocato generale era pervenuto a conclusioni diametralmente opposte, poiché aveva messo in risalto che l'articolo 165 TFUE manifesta il riconoscimento «costituzionale» del «modello sportivo europeo», caratterizzato da una serie di elementi, che si snodano attraverso tre linee direttrici: in primo luogo, una struttura piramidale con alla base lo sport dilettantistico e al vertice lo sport professionistico; in secondo luogo, l'obiettivo principale di promuovere competizioni aperte, accessibili a tutti in virtù di un sistema trasparente nel quale la promozione e la retrocessione mantengono un equilibrio competitivo e privilegiano il merito sportivo; infine, un regime di solidarietà finanziaria, che consente di ridistribuire e di reinvestire i ricavi generati dagli eventi e dalle attività, dal vertice ai livelli inferiori dello sport<sup>15</sup>.

Muovendo da tali premesse, l'Avvocato generale sostiene con una certa enfasi che l'articolo 165 TFUE possa fungere da norma nell'interpretazione e nell'applicazione delle disposizioni del diritto della concorrenza, segnatamente di quelle contenute negli artt. 101 e 102 TFUE. In altre parole, l'Avvocato generale colloca sullo stesso piano l'articolo 165 TFUE, da una parte, e le norme sulla concorrenza, dall'altra, non riconoscendo agli artt. 101 e 102 TFUE un'applicazione esclusiva o prevalente rispetto alle altre disposizioni, dato che i loro rapporti sono retti dal principio di specialità<sup>16</sup>.

Come detto, la Corte di giustizia non condivide questo orientamento e attribuisce all'art. 165 TFUE, in combinato disposto con l'art. 6, lett. e), TFUE, una portata limitata e un'efficacia del tutto marginale, in considerazione delle competenze deboli (*rectius*, complementari) devolute all'Unione in materia di sport, rafforzando così l'*enforcement* delle regole del diritto della concorrenza, che rientrano invece nelle competenze esclusive dell'Unione, se necessarie al funzionamento del mercato interno<sup>17</sup>. Non a caso la

<sup>13</sup> v. S. BASTIANON, *Is the Superleague Dead? Not yet*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, vol. XIX, 2023, p. 19.

<sup>14</sup> Cfr. A. CIRCOLO, *Gli Statuti di FIFA e UEFA al banco di prova del diritto della concorrenza (a proposito della possibilità di una Superlega)*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2, 2021, p. 458.

<sup>15</sup> Conclusioni Rantos alla causa *Superleague*, cit., par. 30. Sul punto, v. J. ZGLINSKI, *Constitutionalising the European Sports Model: The opinion of Advocate General Rantos in the European Super League case*, in *London School of Economics Blog* (blogs.lse.ac.uk), 16 December 2022.

<sup>16</sup> *Ivi*, par. 33 ss.

<sup>17</sup> In giurisprudenza, tra le tante, v. Corte giust. 6 novembre 1984, 182/83, *Fearon*, punto

Corte richiama l'art. 165, par. 4, TFUE, il quale riproduce in relazione allo sport la previsione che è valida per tutte le competenze complementari (art. 2, par. 5, comma 2, TFUE) ed esclude qualsiasi armonizzazione da parte dell'Unione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

Pertanto, a trattati invariati, lo sport non beneficia di un trattamento speciale rispetto ad altri settori, senza che possano incidere, al riguardo, l'autonomia giuridica riconosciuta alle federazioni sportive nell'emanare norme concernenti l'organizzazione dello sport e le iniziative adottate da alcune istituzioni dell'Unione per evidenziare l'importanza dello sport al di là della sua dimensione economica<sup>18</sup>.

### 3. *L'influenza dell'art. 106 TFUE nella valutazione degli artt. 101 e 102 TFUE*

Nell'ottica del diritto *antitrust* appare particolarmente rilevante la successiva parte motiva della sentenza *Superleague* riguardante l'estensione dei principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia con riferimento all'art. 106 TFUE nel differente ambito degli artt. 101 e 102 TFUE<sup>19</sup>.

Si riscontra questa influenza dell'art. 106 TFUE nella valutazione degli articoli 101 e 102 TFUE<sup>20</sup>, nella misura in cui il giudice dell'Unione riconosce che le federazioni sportive, con funzioni di regolamentazione o quasi-regolamentazione, sono tenute a rispettare gli obblighi che si applicano

7; 2 febbraio 1989, 186/87, *Cowan*, punto 19; 1° giugno 1999, C-302/97, *Konle*, punto 38; 13 dicembre 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, punto 29; 13 aprile 2010, C-73/08, *Bressol*, punto 28; 11 dicembre 2017, C-438/05, *Viking*, punto 40; 13 novembre 2018, C247/17, *Raugevičius*, punto 45; 26 febbraio 2019, C202/18 e C238/18, *Rimšēvičs*, punto 57. In dottrina, v. P. DE PASQUALE, *Competenze proprie degli Stati e obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, in *DPCE*, n. 2, 2019, pp. VIII e IX.

<sup>18</sup> Cfr. ad es., risoluzione del Parlamento europeo, del 23 novembre 2021, sulla politica dell'UE in materia di sport: valutazione e possibili vie da seguire, 2021/2058(INI).

<sup>19</sup> V. il punto 132 ss. della sentenza *Superleague*, sopra citata; in relazione a tale giurisprudenza, v. Corte giust. 19 marzo 1991, C-202/88, *Francia/Commissione* (Terminali di telecomunicazione), punto 51; 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner e Elser*, punto 29; 18 giugno 1991, C-260/89, *ERT*, punto 37; 5 ottobre 1994, C-323/93, *Centre d'insémination de la Crepselle*, punto 18; 12 febbraio 1998, C163/96, *Raso e a.*, punti 28 e 29; 1° luglio 2008, C-49/07, *MOTOE*, punti 38 e 51 ss.

<sup>20</sup> Sull'applicazione dell'art. 106 TFUE in combinazione con l'art. 102 TFUE, v. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Milano, 2010, in part. p. 481.

agli Stati membri ai sensi dell'articolo 106 TFUE<sup>21</sup>. In particolare, la Corte del Lussemburgo mette sotto la lente di ingrandimento tali organizzazioni, imponendo loro di stabilire un quadro di regole (relative, ad esempio, all'approvazione preventiva, alla partecipazione e alle sanzioni), che preveda criteri sostanziali e norme procedurali dettagliate idonee a garantire che siano trasparenti, oggettive, non discriminatorie e proporzionate<sup>22</sup>.

In questa prospettiva, si menziona la sentenza *MOTOE* proprio per mettere in risalto la situazione di conflitto di interesse delle federazioni sportive, che risultano essere al tempo stesso arbitri e giocatori; di talché esse si trovano in evidente vantaggio rispetto ai loro concorrenti, potendo negare loro l'ingresso nel mercato interessato o favorire la propria attività<sup>23</sup>. Ricordiamo che in tale pronuncia il giudice dell'Unione aveva censurato, sulla base del combinato disposto degli artt. 102 e 106 TFUE, la normativa nazionale che conferiva ad una persona giuridica il potere di emettere un parere conforme sulle domande di autorizzazione presentate ai fini dell'organizzazione di tali gare, senza fissare limiti, obblighi e controlli all'esercizio di tale potere<sup>24</sup>.

Analoghe considerazioni sul duplice potere delle federazioni sportive, tanto di organizzare e commercializzare gli eventi sportivi quanto di sfruttare i diritti connessi, vengono formulate ora nella pronuncia *Superleague*. Nonostante, in ossequio a un consolidato orientamento di stampo sostanzialista, la Corte non utilizza formalmente l'art. 106 TFUE, né richiede l'intervento di una misura statale, che costituisce una condizione fondamentale per l'applicabilità di tale articolo, giacché ritiene che gli artt. 101 e 102 TFUE siano sufficienti per contrastare i comportamenti anticoncorrenziali posti in essere da UEFA e FIFA. La sentenza *ISU* chiarisce ulteriormente che gli obblighi desumibili dall'art. 106 TFUE sussistono non solo qualora lo Stato abbia concesso diritti esclusivi o speciali a un'impresa mediante misure legislative o regolamentari, bensì anche quando il potere regolamentare di un'impresa trae origine da un comportamento autonomo, ossia dall'acquisizione di una

<sup>21</sup> V. T. LICHTENBERG, *International Skating Union, European Super League and Royal Antwerp: The beautiful game and skating before the CJEU*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 8 January 2024.

<sup>22</sup> *Superleague*, sopra citata, punti 135 e 136; cfr. Corte giust. 28 febbraio 2013, C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, punti da 84 a 99.

<sup>23</sup> *Superleague*, sopra citata, spec. punto 133.

<sup>24</sup> *MOTOE*, sopra citata, spec. punti 51 e 52. Si trattava dell'ELPA, l'Automobile e Touring Club di Grecia, che organizzava eventi motociclistici e li sfruttava commercialmente, e, allo stesso tempo, era titolare del potere autorizzativo per l'organizzazione di ulteriori gare da parte di terzi concorrenti.

posizione dominante su un mercato che consente all'impresa di impedirne l'accesso ai concorrenti<sup>25</sup>.

A bene vedere, l'Avvocato generale Rantos ha minimizzato la pericolosità del conflitto di interesse delle federazioni sportive, posto che esse sono legittimate a esercitare il loro potere autorizzatorio e sanzionatorio soltanto nelle ipotesi in cui le società di calcio intendano rimanere affiliate alla Uefa e partecipare anche a una competizione alternativa<sup>26</sup>.

A giudizio della Corte di giustizia, invece, non rileva la c.d. "doppia appartenenza" e il potere delle federazioni sportive deve essere soggetto a restrizioni, obblighi e controlli idonei ad eliminare il rischio di abuso di posizione dominante, in modo da non dar luogo ad una violazione dell'articolo 102 TFUE. Anzi, tali requisiti sono ritenuti ancor più necessari quando, come nel caso di specie, l'impresa in posizione dominante, con il proprio comportamento e non in virtù del riconoscimento di diritti esclusivi o speciali da parte di uno Stato membro, si pone in una situazione in cui può negare ad imprese potenzialmente concorrenti l'accesso ad un determinato mercato<sup>27</sup>, disponendo di poteri di regolamentazione, di controllo e sanzionatori.

Nel configurare questa sorta di parallelismo tra le regole di concorrenza applicabile agli Stati e le regole applicabili alle imprese, sembra che la Corte si spinga al punto di applicare alle federazioni sportive la regola dell'abuso inevitabile, in virtù della quale l'impresa in posizione dominante è indotta, con il semplice esercizio del diritto esclusivo, a sfruttare il suo potere in modo abusivo<sup>28</sup>, in assenza di restrizioni, obblighi e controlli nei confronti di tale impresa. In tal senso, l'espresso ancoraggio del caso in oggetto alla pertinente giurisprudenza dell'art. 106 TFUE e alle argomentazioni inerenti al rapporto tra Stati e imprese titolari di diritti esclusivi o speciali appare sintomatico dell'intenzione di utilizzare la dottrina dell'abuso inevitabile<sup>29</sup>. L'obiettivo è quello di evidenziare che, pur non essendo vietata di per sé la titolarità di diritti esclusivi o speciali su un mercato, una situazione del genere non deve mettere tale impresa nella posizione di poter abusare della posizione dominante che ne deriva, ad esempio esercitando i diritti in questione in modo tale da impedire l'ingresso di imprese

<sup>25</sup> *International Skating Union/Commissione*, sopra citata, punto 126. In questi termini, T. LICHTENBERG, *op. cit.*

<sup>26</sup> Conclusioni Rantos alla causa *Superleague*, cit., in part. Parr. 74-78.

<sup>27</sup> V., in tal senso, *GB-Inno-BM*, sopra citata, punto 20.

<sup>28</sup> V. *Höfner e Elser*, sopra citata, punto 27.

<sup>29</sup> *Superleague*, sopra citata, spec. punti 133 e 137.

potenzialmente concorrenti nel mercato interessato o in mercati collegati o contigui<sup>30</sup>.

Si noti altresì che la Corte di giustizia focalizza la sua attenzione sulla giurisprudenza concernente l'art. 106, par. 1, TFUE, che è direttamente rivolto agli Stati membri, al fine di estenderne le argomentazioni nel differente contesto delle regole di concorrenza applicabili alle imprese. Il giudice dell'Unione non si sofferma, invece, sulle imprese che svolgono un servizio di interesse economico generale e sulla relativa deroga di cui all'art. 106, par. 2 TFUE, sebbene talune valutazioni generalmente effettuate dalla Corte in merito all'interpretazione di questa disposizione siano riprese, nella sostanza, nell'ambito dell'esenzione dell'art. 101, par. 3, TFUE e delle giustificazioni obiettive all'abuso di posizione dominante.

#### 4. *L'esclusione dell'eccezione Wouters nelle restrizioni della concorrenza per oggetto*

Un ulteriore elemento di discontinuità rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte può rinvenirsi nelle statuizioni del giudice dell'Unione che escludono la giurisprudenza *Wouters*<sup>31</sup> in presenza di comportamenti della concorrenza restrittivi per oggetto<sup>32</sup>.

La sentenza *Superleague* sembra rappresentare un ritorno al passato se si considera che dalla seconda metà degli anni '90, a fronte di critiche sempre più diffuse, si impose alla Commissione la necessità di un ripensamento delle modalità di applicazione del divieto di intese restrittive della concorrenza, abbandonando un approccio formale, prevalentemente giuridico, per

<sup>30</sup> Corte giust. 10 dicembre 1991, C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova/Siderurgica Gabrielli*, punto 14, su cui v. F. MACARIO, *Autoproduzione di servizi e tramonto dei monopoli fra normativa comunitaria e disciplina "antitrust": la vicenda delle compagnie portuali*, in *FI*, IV, 1992, Col. 229-237; 13 dicembre 1991, C-18/88, *GB-Inno-BM*, punti da 17 a 19, 24 e 25.

<sup>31</sup> Corte giust. 19 febbraio 2002, C-309/99, *Wouters e a.*; v., per considerazioni più ampie, I. FORRESTER, *Where Law Meets Competition: is Wouters like Cassis de Dijon or a Platypus?*, in C.D. EHLERMANN, I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2004: The Relationship between Competition Law and the (Liberal) Professions*, Oxford, 2006, p. 271 ss.; P. MANZINI, *I Paraferali del giudizio antitrust: regola della ragionevolezza, restrizioni accessorie, divieto "per sé"*, in *GCOM*, 2003, p. 285 ss.; B. NASCIBENE, S. BASTIANON, *Avvocati, diritto comunitario e diritto nazionale: recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in *CG*, 2002 p. 602 ss.

<sup>32</sup> *Superleague*, sopra citata, punto 183.

introdurre una più ampia analisi economica, che deve essere condotta in modo concreto e circostanziato. Questa lettura più economica della condotta delle imprese sul mercato è stata ulteriormente valorizzata nella successiva giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>33</sup>. Il mutamento di orientamento nella sentenza *Superleague* conduce ora a rivalutare l'approccio formale e, conseguentemente, a indebolire l'analisi economica nel giudizio delle restrizioni della concorrenza per oggetto.

Per la precisione, la sentenza *Superleague* cambia sensibilmente l'orientamento della giurisprudenza, nella misura in cui afferma che l'eccezione *Wouters* non si applica alle restrizioni della concorrenza per oggetto, che violano per la loro stessa natura gli artt. 101 e 102 TFUE, indipendentemente dal fatto che tali restrizioni provengano o meno da un'associazione di imprese e dagli obiettivi di interesse pubblico perseguiti.

È utile ricordare che la sentenza *Wouters* aveva consentito di escludere dall'art. 101 TFUE alcune regolamentazioni adottate dagli Ordini professionali, che consistevano nel divieto di collaborazione integrata tra avvocati e revisori dei conti, in quanto necessarie per il corretto esercizio della professione, conformemente alle modalità organizzative dello Stato membro interessato<sup>34</sup>. Questo divieto sembra riconducibile alle restrizioni per oggetto, poiché è in grado di limitare, per la sua stessa natura, la produzione e lo sviluppo tecnico ai sensi dell'art. 101, n. 1, lett. b), TFUE, a prescindere dalle dimensioni degli studi di avvocati e di revisori dei conti interessati. Eppure, in questo caso la Corte aveva formulato delle argomentazioni differenti rispetto a quelle contenute nella sentenza *Superleague*, si era focalizzato anche sugli effetti prodotti dal divieto di collaborazioni tra professionisti e aveva escluso l'applicazione delle regole di concorrenza.

Peraltro, la declinazione dell'eccezione *Wouters* nell'ambito dello sport aveva condotto la Corte a precisare nella sentenza *Meca-Medina* che un comportamento può sfuggire al divieto previsto dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE purché soddisfi le seguenti condizioni: il comportamento deve perseguire un obiettivo legittimo di interesse pubblico, il comportamento specifico deve essere effettivamente necessario per perseguire l'obiettivo e gli effetti restrittivi della concorrenza del comportamento non devono eliminare

<sup>33</sup> Cfr., ad esempio, Corte giust. 11 settembre 2014, C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB)/Commissione europea*.

<sup>34</sup> Per un sunto sulle condizioni dell'eccezione, v. comunicazione della Commissione, del 9 febbraio 2004, Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali, COM(2004) 83 definitivo, pp. 18 e 19.

ogni concorrenza<sup>35</sup>. In particolare, tale giurisprudenza si applica agli accordi o decisioni che assumono la forma di norme adottate da un'associazione di imprese, come un'associazione professionale o sportiva, al fine di realizzare determinati obiettivi etici o di principio e, più in generale, di disciplinare l'esercizio di un'attività professionale o sportiva se l'associazione interessata dimostra che le predette condizioni sono soddisfatte.

Le valutazioni dell'Avvocato generale Rantos nella causa *Superleague* coincidono solo parzialmente con l'approccio seguito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Wouters*, ma pervengono comunque a un giudizio sostanzialmente positivo dei comportamenti esaminati sotto il profilo concorrenziale. In realtà, l'Avvocato generale recepisce l'interpretazione di una parte della dottrina che riconduce l'eccezione *Wouters* nell'ambito della nozione di «restrizione accessoria»<sup>36</sup>, da intendere come qualsiasi restrizione che è direttamente collegata e necessaria alla realizzazione di un'operazione principale e non riveste, di per sé, un carattere anticoncorrenziale. Sulla scorta di tale nozione, l'Avvocato generale perviene alla conclusione che il mancato riconoscimento da parte della FIFA e della UEFA di una competizione sostanzialmente chiusa, quale l'ESL, può essere considerato inerente al perseguimento di taluni obiettivi legittimi<sup>37</sup>, in quanto mira a mantenere i principi della partecipazione basata sui risultati sportivi, delle pari opportunità e di solidarietà sui quali si fonda la struttura piramidale del calcio europeo<sup>38</sup>.

Invece, la Corte di giustizia si è distaccata notevolmente tanto dalla precedente giurisprudenza *Wouters* quanto dalle conclusioni dell'Avvocato generale, con un ragionamento che può apparire non del tutto chiaro e lineare. Per la precisione, si richiamano motivazioni di coerenza tra gli artt. 101 e 102 TFUE per escludere l'eccezione *Wouters*, ritornando così a un'analisi puramente formale degli accordi restrittivi della concorrenza per oggetto<sup>39</sup>. In base a tale orientamento, le intese che hanno oggetto anticoncorrenziale rientrano nella sfera di applicazione del divieto dell'art. 101 TFUE senza che

<sup>35</sup> *David Meca-Medina e Igor Majcen/Commissione*, sopra citata, punti 42-48; *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, sopra citata, punti 93-100; *International Skating Union/Commissione*, sopra citata, punto 111.

<sup>36</sup> Cfr. S. WEATHERILL, *A judicial coronation of the European model of sport? The conclusions of Advocate General Rantos in the Superleague case*, in *concurrentes.com*, 13 January 2023.

<sup>37</sup> Conclusioni Rantos, sopra citate, par. 85 ss. (con riguardo all'art. 101 TFUE) e 131 (rispetto all'art. 102 TFUE).

<sup>38</sup> Cfr. P. IBÁÑEZ COLOMO, *Competition Law and Sports Governance: Disentangling a Complex Relationship*, in *World Competition*, n. 3, 2022, vol. 45, p. 337.

<sup>39</sup> *Superleague*, sopra citata, punto 186.



sia necessario esaminare gli effetti reali o potenziali né, quindi, gli obiettivi legittimi perseguiti dalle imprese o dalle associazioni di imprese. Da ciò consegue un cambiamento significativo se si considera che l'analisi da effettuare è diversa a seconda che la condotta in questione abbia per "oggetto" o per "effetto" di impedire, restringere o falsare la concorrenza, essendo ciascuna di tali nozioni soggetta a regole giuridiche e probatorie sensibilmente differenti<sup>40</sup>.

Senonché, la sentenza sul calcio menziona tra le *hardcore restrictions* proprio le limitazioni alla capacità produttiva, venute in rilievo nella precedente sentenza *Wouters*, oltre le intese orizzontali che portano alla fissazione dei prezzi e alla ripartizione dei clienti. Al tempo stesso, la Corte di giustizia sottolinea che possono rientrare nell'ambito delle restrizioni per oggetto vietate dall'art. 101, par. 1, TFUE alcuni tipi di accordi orizzontali diversi dai cartelli, come quelli che comportano l'esclusione delle imprese concorrenti dal mercato<sup>41</sup> o talune tipologie di decisioni di associazioni di imprese<sup>42</sup>.

Al fine di determinare se l'intesa, per sua stessa natura, abbia oggetto anticoncorrenziale, si evidenzia poi la necessità, costantemente ribadita dalla giurisprudenza della Corte<sup>43</sup>, di esaminare il contenuto dell'intesa, il contesto economico e giuridico in cui si inserisce e i suoi obiettivi.

Per rendersi conto di questo diverso approccio, basta confrontare la sentenza in oggetto con quella *Super Bock*<sup>44</sup>, dove la Corte ha statuito che l'esistenza di effetti favorevoli alla concorrenza può far sorgere ragionevoli dubbi sul fatto che un accordo abbia causato un danno alla concorrenza sufficiente per essere classificato come una restrizione "per oggetto". Per contro, la sentenza *Superleague* si colloca in una prospettiva formale e per questo ritiene che l'esistenza di effetti favorevoli alla concorrenza e, più in generale, l'eccezione *Wouters* non possano incidere sulla qualificazione delle restrizioni per oggetto.

<sup>40</sup> *Ivi*, punto 160.

<sup>41</sup> Cfr. Corte giust. 30 gennaio 2020, C-307/18, *Generics (UK) e a.*, punti 76, 77, da 83 a 87 e 101; 25 marzo 2021, C-591/16 P, *Lundbeck/Commissione*, punti 113 e 114.

<sup>42</sup> V., in tal senso, Corte giust. 27 gennaio 1987, 45/85, *Verband der Sachversicherer/Commissione*, punto 41.

<sup>43</sup> v., Corte giust. 11 settembre 2014, C-67/13 P, *CB/Commissione*, punto 53; 23 gennaio 2018, C-179/16, *F. Hoffmann – La Roche e a.*, punto 79.

<sup>44</sup> Corte giust. 29 giugno 2023, C-211/22, *Super Bock Bebidas*. In merito all'approccio sostanziale della Corte, cfr. P. IBÁÑEZ COLOMO, *Case C-211/22, Super Bock: the Binon (formalistic) era is over, and vertical price-fixing is no longer the odd one out*, in *Chillin' Competition*, 3 July 2023. Stesso dicasi per il caso *Slovak Telekom/Commissione*: Corte giust. 25 marzo 2021, C-165/19 P.

Ad ogni modo, le intese restrittive della concorrenza o gli abusi di posizione dominante restrittivi della concorrenza per oggetto possono beneficiare, rispettivamente, di un'esenzione *ex art.* 101, par. 3, TFUE o di una giustificazione obiettiva, se sono soddisfatte determinate condizioni. Da un lato, vengono in rilievo le quattro condizioni cumulative dell'art. 101, par. 3, TFUE, che consistono nel i) contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico; ii) riservare agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva; iii) non imporre restrizioni della concorrenza non indispensabili al raggiungimento di tali obiettivi; e iv) non essere suscettibile di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale del mercato rilevante. Dall'altro lato, il comportamento dell'impresa in posizione dominante può essere giustificato se oggettivamente necessario e se l'effetto escludente prodotto sia controbilanciato dai vantaggi in termini di efficienza anche a favore del consumatore<sup>45</sup>.

A ben vedere, siffatte condizioni consentono comunque una valutazione degli effetti, ma si inscrivono in un quadro di regole ormai ben definito e risultano più rigorose di quelle della giurisprudenza *Wouters*, ai fini dell'esenzione dai divieti di cui agli artt. 101 e 102 TFUE anziché di un'esclusione dalla sfera di applicazione di queste disposizioni sulla concorrenza.

##### 5. *Considerazioni finali sui passi avanti o indietro del diritto della concorrenza*

In conclusione, la sentenza della Corte di giustizia va ben oltre la *querelle* della disciplina dell'organizzazione, della commercializzazione e dello sfruttamento dello sport, in quanto comporta rilevanti conseguenze sul piano *antitrust* da un triplice punto di vista.

Per un verso, il conflitto tra la competenza dell'Unione in materia di sport derivante dall'art. 165 TFUE e quella nel settore della concorrenza

<sup>45</sup> Per la precisione, spetta all'impresa dominante dimostrare, in primo luogo, che il suo comportamento può consentire di realizzare incrementi di efficienza dimostrando l'effettiva esistenza e la portata di tali incrementi; in secondo luogo, che tali incrementi di efficienza contrastano i probabili effetti dannosi di tale comportamento sulla concorrenza e sul benessere dei consumatori nel mercato o nei mercati interessati; in terzo luogo, che tale comportamento è necessario per il conseguimento di tali guadagni di efficienza; e, in quarto luogo, che non elimina la concorrenza effettiva, eliminando tutte o la maggior parte delle fonti esistenti di concorrenza reale o potenziale: *v.*, in tal senso, Corte giust. 27 marzo 2012, C-209/10, *Post Danmark*, punto 42.

viene risolta dalla Corte di giustizia in favore di quest'ultima. Per altro verso, il giudice dell'Unione estende l'ambito di applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE nella misura in cui riprende e adatta le considerazioni formulate nella giurisprudenza in relazione alle regole di concorrenza applicabili agli Stati, segnatamente quelle elaborate con specifico riferimento all'art. 106, par. 1, TFUE. Per altro verso ancora, ridimensiona l'analisi economica degli effetti della concorrenza a vantaggio di una valutazione formalistica degli artt. 101 e 102 TFUE, con l'obiettivo di ricalibrare e limitare la portata dell'eccezione *Wouters*.

Le novità introdotte dalla sentenza *Superleague* possono rappresentare un passo avanti o indietro, e conseguentemente essere giudicate positivamente o negativamente, a seconda dei punti di vista e dei risultati concreti che saranno in grado di produrre anche nei confronti dei consumatori. La Commissione e le autorità nazionali di concorrenza non possono che valutare positivamente queste novità che rafforzano sul piano giuridico le regole *antitrust* e circoscrivono l'analisi economica, la quale generalmente richiede da parte loro un'attività piuttosto complessa e onerosa. Il giudizio cambia, *ça va sans dire*, per le imprese chiamate a difendersi nei procedimenti *antitrust*, che troveranno maggiori difficoltà nel far valere le proprie argomentazioni di carattere economico per giustificare i loro comportamenti formalmente restrittivi della concorrenza.

È il caso poi di rilevare che appare condivisibile l'affermazione della Corte di giustizia in ordine al rapporto tra sport e concorrenza, poiché le caratteristiche proprie dello sport non possono escludere l'applicazione del diritto *antitrust*. Peraltro, questo e altri passaggi della sentenza rappresentano un monito per le federazioni sportive a rispettare, nell'esercizio della loro autonomia, i principi di diritto dell'Unione, posto che i comportamenti finora adottati difettano di trasparenza e non garantiscono un *level playing field* tra le imprese.

A prescindere dall'infondata rivendicazione della specialità dello sport rispetto ad altri settori e lasciando in disparte le legittime preoccupazioni derivanti dalla nascita di una competizione riservata alle società sportive con maggiori disponibilità economiche e finanziarie, un osservatore attento delle dinamiche evolutive della giurisprudenza della Corte di giustizia non può fare a meno di rilevare che sorge l'esigenza sia di chiarire meglio la portata delle novità introdotte, sia di trovare un giusto equilibrio tra l'*enforcement* delle regole di concorrenza e la valutazione concreta degli effetti che i comportamenti delle imprese/associazioni di imprese producono sul mercato. Si riscontra, infatti, un comportamento altalenante della Corte di giustizia, che

utilizza un approccio sostanzialistico nel recepimento delle argomentazioni proprie dell'art. 106 TFUE, pur in assenza di un intervento statale, mentre si avvale di un'analisi formale nell'esclusione dell'eccezione *Wouters* in presenza di restrizioni per oggetto della concorrenza.

Pertanto, anche se è indubbio un rafforzamento delle autorità *antitrust*, dell'Unione e nazionali, nel contrastare i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese e delle associazioni di imprese, nonché un conseguente indebolimento delle possibili giustificazioni, allo stato appare ancora prematuro un giudizio definitivo sulle effettive conseguenze derivanti dalla sentenza *Superleague*. Soltanto la prassi decisionale della Commissione e la giurisprudenza della Corte di giustizia potranno fornire i necessari chiarimenti e consentire una risposta più accurata e completa all'interrogativo iniziale in merito all'evoluzione o involuzione del diritto della concorrenza.

### **Abstract (ita)**

Il presente contributo intende soffermarsi sulla recente sentenza della Corte di giustizia resa nel caso *Superleague*, ma collocandosi in una limitata prospettiva di indagine, in quanto intende formulare talune riflessioni su tre principali questioni di diritto della concorrenza da essa affrontate nella pronuncia, vale a dire il “conflitto” tra la competenza dell’Unione in materia di sport (art. 165 TFUE) e quella nel settore *antitrust*, l’influenza dell’art. 106 TFUE nella valutazione degli artt. 101 e 102 TFUE e l’esclusione dell’eccezione *Wouters* nelle restrizioni della concorrenza per oggetto. L’obiettivo è anche, e soprattutto, quello di rispondere all’interrogativo se il *decisum* della Corte di giustizia rappresenti un’evoluzione o un’involuzione del diritto della concorrenza dell’Unione europea.

### **Abstract (eng)**

The paper aims to focus on the recent judgment of the Court of Justice in the *Superleague* case, but with a limited investigative perspective. It intends to propose reflections on three main competition law issues addressed in the ruling, namely the ‘conflict’ between the EU competence in sports matters (Article 165 TFEU) and the one in the antitrust, the influence of Article 106 TFEU in assessing Articles 101 and 102 TFEU, and the exclusion of the *Wouters* exception in restrictions of competition by object. The goal is also, and above all, to answer the question of whether the Court’s *decisum* represents an evolution or an involution of EU competition law.

**BlogDUE**





## GRUPPI SOCIETARI DESTINATARI DI AIUTI DI STATO DA PIÙ STATI MEMBRI: PRIME RIFLESSIONI SULLA SENTENZA KLM II DEL TRIBUNALE DELL'UNIONE (T-146/22)

Mario Barbano (Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea,  
Università di Genova) – 16 aprile 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Premessa: gli aiuti al gruppo Air France-KLM. – 3. Legittimazione del concorrente a contestare la fondatezza della decisione positiva della Commissione. – 4. Nozione di singola unità economica e ricostruzione dei rapporti infragruppo. – 5. Clausole di destinazione e vantaggio indiretto. – 6. Raffronti e osservazioni conclusive.

**1.** La giurisprudenza sugli aiuti di Stato concessi a vettori aerei durante la pandemia si è recentemente arricchita di tre pronunce del Tribunale dell'Unione inerenti al gruppo Air France-KLM (20 dicembre 2023, causa T-216/21, *Ryanair e Malta Air c. Commissione (Air France; COVID-19)*; in pari data, causa T-494/21, *Ryanair e Malta Air c. Commissione (Air France-KLM e Air France); COVID-19*); 7 febbraio 2024, causa T-146/22, *Ryanair c. Commissione (KLM II; COVID-19)*).

Tali sentenze affrontano la questione dei gruppi societari che, in virtù della propria dimensione “pan-europea”, hanno ricevuto aiuti da più Stati membri durante l'emergenza COVID-19. Al riguardo, il Tribunale ribadisce il criterio della cd. singola unità economica nell'individuazione del beneficiario e fonda sul principio di leale cooperazione un obbligo per gli Stati membri di coordinare le misure indirizzate allo stesso gruppo di imprese.

Questo contributo si sofferma sulla sentenza *KLM II* (causa T-146/22, cit.) per delineare, nel quadro della ormai ampia giurisprudenza sugli aiuti COVID (cc.dd. casi *Ryanair*, dal nome della principale ricorrente), alcune possibili ricadute sull'*enforcement* della Commissione. A tal fine, premessa una sintetica ricostruzione della fattispecie rilevante (par. 2), ci si soffermerà sui tratti salienti della sentenza *KLM II*, ossia la legittimazione attiva del concorrente (par. 3), la qualificazione del beneficiario come singola unità economica (par. 4) e la distinzione tra vantaggio indiretto e effetti economici secondari dell'aiuto (par. 5). Ciò consentirà di operare raffronti rispetto alle precedenti sentenze sui casi *Ryanair* e, in conclusione, formulare alcune osservazioni di prospettiva (par. 6).

2. Com'è noto, il mercato europeo del trasporto aereo ha assunto la configurazione odierna a seguito della liberalizzazione ad opera dell'(allora) legislatore comunitario e del fondamentale apporto della giurisprudenza della Corte di giustizia (per una ricostruzione completa, si veda F. MUNARI, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano, 1996, spec. p. 121 ss.). L'estensione delle libertà fondamentali e delle regole di concorrenza a questo settore ha consentito, tra l'altro, l'emergere di vettori a basso costo (come la ricorrente Ryanair) e la concentrazione di alcune delle c.d. compagnie di bandiera in gruppi "pan-europei" (diffusamente sul punto: S. TRUXAL, *Competition and Regulation in the Airline Industry*, Abingdon, 2013, p. 13 ss.). Air France-KLM è uno degli esempi di maggior successo di tale fenomeno: al vertice del gruppo si colloca l'omonima società *holding* (Air France-KLM), partecipata dallo Stato francese e da quello olandese (ciascuno per circa il 14% dei capitali), la quale controlla a sua volta, i due vettori Air France e KLM.

Nel corso della pandemia, il gruppo è stato destinatario di tre misure autorizzate dalla Commissione quali "aiuti destinati [...] a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro" ai sensi dell'art.107, par. 3, lett. b TFUE, come interpretato dal Quadro Temporaneo COVID-19 (Commissione europea, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della COVID-19*, 19 marzo 2020, 2020/C 91 I/01 e s.m.i., di seguito "Quadro Temporaneo" o "QT", in generale sull'argomento: S. VAN DUREN, A. KNOOK, *State aid in times of crisis*, Deventer, 2021, spec. p. 20 ss.).

Complessivamente, il gruppo Air France-KLM ha beneficiato di tre aiuti individuali, due concessi dalla Francia a Air France e Air France-KLM (Commissione europea, 4 aprile 2020, *France – COVID-19 – Cadre temporaire 107(3)(b) – Garantie et prêt d'actionnaire au bénéficiaire d'Air France*, SA.57082, e 5 aprile 2021, *COVID-19 – Recapitalisation of Air France and the Air France – KLM Holding*, SA.59913, oggetto, rispettivamente, delle sentenze T-216/21 e T-494/21, cit.) e uno concesso dai Paesi Bassi a KLM (13 luglio 2020, *The Netherlands – COVID-19: State loan guarantee and State loan for KLM*, SA.57116, di seguito: la "decisione KLM I"), per complessivi EUR 10,4 miliardi (causa T-146/22, cit., punto 125).

Nel 2021, il Tribunale ha annullato, con sospensione degli effetti, la decisione *KLM I* per carenza di motivazione circa i legami tra KLM e le altre società del gruppo, senza considerare gli effetti della concessione parallela di aiuti (sentenza del 19 maggio 2021, causa T-643/20, *Ryanair c. Commissione (KLM; Covid-19)*, spec. punti 48 e 71). A fronte di tale pronuncia, la Commissione ha adottato una seconda decisione di autorizzazione (SA.57116,

*The Netherlands – COVID-19: State loan guarantee and State loan for KLM*, 16 luglio 2021, di seguito: la “decisione KLM II”), a sua volta annullata il 7 febbraio scorso (causa T-146/22, *KLM II*, cit.).

Quest'ultima sentenza coincide per esito e *iter* motivazionale con quelle sugli aiuti francesi (causa T-216/21, *AF*, cit. e causa T-494/21, *AF e AF-KLM*, cit.) e consente di tracciare un primo punto fermo sulla vicenda, in particolare per quanto concerne l'identificazione del beneficiario e le possibili soluzioni per limitare il rischio di distorsioni e di cumulo infragruppo.

3. Prima di esaminare i profili di merito, il Tribunale precisa entro quali termini un'impresa concorrente del beneficiario può impugnare una decisione di autorizzazione della Commissione.

Quale parte interessata del procedimento di indagine formale sull'aiuto (art. 108.2 TFUE e art. 1, lett. h), reg. (UE) n. 1589/2015), il concorrente è legittimato ad agire per tutelare i propri diritti processuali qualora la Commissione si sia limitata ad approvare l'aiuto sulla base di un esame preliminare (causa T-146/22, *KLM II*, cit., punto 18). Ciò, tuttavia, non è sufficiente per contestare la fondatezza della decisione: ai sensi dell'art. 263, co. 4, TFUE e in ottemperanza alla giurisprudenza *Plaumann* e progenie, il concorrente deve dimostrare di essere *direttamente e individualmente* interessato dalla decisione impugnata, ossia che la propria posizione sul mercato sia lesa in modo sostanziale dall'aiuto (causa T-146/22, *KLM II*, cit., punto 24 ss.; cfr. sentenza del 15 luglio 2021, causa C-453/19 P, *Deutsche Lufthansa c. Commissione (Frankfurt Hahn)*, punto 37 ss. e, più in generale, G. GATTINARA, *La tutela giurisdizionale avverso le decisioni della Commissione in materia di aiuti di stato (diritto UE)*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico di diritto della concorrenza*, II ed., Milano, 2020, p. 859 ss.).

Affinché tale lesione possa definirsi sostanziale, il ricorrente non è tenuto a provare di essere il “principale concorrente” ovvero di distinguersi rispetto alla “situazione concorrenziale di tutti i suoi concorrenti”, essendo sufficiente una constatazione *prima facie* della posizione sul mercato delle parti in causa (causa T-146/22, *KLM II*, cit., punto 41 ss.).

4. Per quanto riguarda, nel merito, l'esclusione delle società Air France e Air France-KLM dal novero dei beneficiari dell'aiuto a KLM, il Tribunale richiama la nozione di *singola unità economica*, in base alla quale enti con personalità giuridica distinta che presentino legami organici, funzionali, economici e contrattuali tra loro sono qualificati come un'unica impresa ai fini della disciplina degli aiuti (causa T-146/22, *KLM II*, cit., punto 54 ss.,

cfr. Commissione europea, 19 luglio 2016, Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato, 2016/C 262/01, par. 11). Tale approccio sostanzialista è volto a garantire l'effetto utile del divieto di aiuti; diversamente, gli aiuti alla società controllata potrebbero essere utilizzati a beneficio della controllante, la quale rimarrebbe però esclusa dal perimetro del controllo.

Per ricondurre società distinte a singola unità economica devono sussistere una serie di elementi indiziari, quali, ad es., l'appartenenza allo stesso gruppo e la circostanza che una società assuma rispetto all'altra funzioni di controllo, di impulso e di sostegno finanziario che vanno al di là del mero collocamento di capitali a scopo di investimento (sentenza della Corte del 16 dicembre 2010, causa C-480/09 P, *AceaElectrabel Produzione c. Commissione*, punto 51). L'applicazione di tali parametri è soggetta al sindacato giurisdizionale nei limiti del rispetto delle norme procedurali e del manifesto errore di valutazione (sentenza del Tribunale dell'8 settembre 2009, causa T-303/05, *AceaElectrabel c. Commissione*, punti 101 e 102).

Partendo dal presupposto che la Commissione è tenuta all'analisi delle dinamiche infragruppo "quando vi sia motivo di temere gli effetti sulla concorrenza derivanti da un cumulo di aiuti di Stato in seno allo stesso gruppo", già riconosciuto in *KLM I* (causa T-643/20, cit., punto 48), il Tribunale esamina in concreto i rapporti tra la *holding* Air France-KLM e la controllata KLM (causa T-146/22, *KLM II*, cit., punto 63 ss.). Al di là della detenzione di quote di controllo, la circostanza che le principali decisioni in materia di finanziamento, di investimento e di flotta siano "coordinate, o addirittura approvate, dalla *holding* Air France-KLM" attesta la sussistenza di un legame organico e funzionale tra le due società (causa T-146/22, *KLM II*, cit., punti 86-87 e 97).

Secondo il Tribunale, poi, l'interdipendenza economica tra la Air France-KLM e KLM è dimostrata dal fatto che *i*) i ricavi della prima sono realizzati solo presso le società figlie, *ii*) l'attività economica è coordinata mediante operazioni congiunte sotto la guida della capogruppo e *iii*) vi sono accordi di ripartizione dei costi tra Air France e KLM (*ibidem*, punti 100-103). La circostanza che le operazioni infragruppo siano eseguite a "normali condizioni di mercato", peraltro, ha valenza meramente fiscale e non è sufficiente ad escludere la suddetta interdipendenza (*ibidem*, punto 104).

Di conseguenza, l'aiuto è ritenuto suscettibile di rafforzare la posizione finanziaria del gruppo nel suo insieme; la liquidità pubblica a disposizione di KLM, infatti, può consentire alla *holding* di ottenere sui mercati condizioni di finanziamento più favorevoli (*ibidem*, punto 105).

5. Infine, nell'esame dei legami contrattuali tra le due società, il Tribunale si sofferma sull'accordo per l'erogazione dell'aiuto tra Paesi Bassi e KLM, di cui anche Air France-KLM è parte. Mediante una clausola di destinazione e alcune previsioni sulla *governance* societaria, l'accordo in questione vieta espressamente il trasferimento dell'aiuto all'interno del gruppo, profilo che occorre analizzare alla luce della nozione di vantaggio indiretto (causa T-146/22, *KLM II*, cit., punti 123-124 e 149 ss.; cfr. Commissione europea, SA.57116, *KLM II*, cit., punto 121).

Com'è noto, una misura è qualificabile come aiuto laddove conferisca al beneficiario un *vantaggio economico* che non avrebbe ottenuto a normali condizioni di mercato (*ex multis*, sentenza della Corte del 11 luglio 1996, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI)*, punto 60; in dettaglio, F. MUNARI, C. CELLERINO, *Commento agli artt. 107-109 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, pp. 1073-1190, spec. p. 1148 ss.). Si ha un vantaggio *indiretto* quando la misura ha l'effetto prevedibile di "trasferire i suoi effetti secondari a imprese o gruppi di imprese identificabili": tali soggetti rientrano nel perimetro dei beneficiari così come le imprese alle quali le risorse statali sono *direttamente* trasferite (Commissione europea, Comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., par. 115-116; cfr. sentenza della Corte del 8 luglio 2011, causa C-403/10 P, *Mediaset SpA c. Commissione*, punto 81 e, più recentemente, le conclusioni rese dall'AG Pikamäe il 9 marzo 2023 in *Land Rheinland-Pfalz c. Deutsche Lufthansa e Commissione*, causa C-466/21 P, punto 107 ss.).

Il vantaggio economico è, invece, escluso per un'impresa che si limiti a trasferire le risorse al beneficiario senza conservarne alcun vantaggio; in tal caso, può riscontrarsi al più un semplice *effetto economico secondario* della misura, quale, ad esempio, un aumento della produzione (Commissione europea, *Comunicazione sulla nozione di aiuto*, cit., par. 116).

Nel ribadire la distinzione tra vantaggio indiretto ed effetto economico secondario, il Tribunale afferma che la clausola di destinazione non esclude che la *holding* e Air France possano ricevere comunque un beneficio indiretto dall'aiuto a KLM (causa T-146/22, *KLM II*, cit., punto 153 ss.). Ne deriva un manifesto errore di valutazione della Commissione che inficia l'intera analisi di compatibilità della misura con il mercato interno, in particolare sotto il profilo della necessità e proporzionalità dell'aiuto, e del rispetto delle soglie di intensità stabilite dal Quadro Temporaneo (*ibidem*, punti 160-162).

Alla luce di quanto sopra, pare opportuno inquadrare brevemente la sentenza in commento all'interno della giurisprudenza sugli aiuti COVID.

6. Sotto il profilo processuale, la pronuncia *KLM II* conferma che il *locus standi* del concorrente è fondamentale per assicurare il controllo giurisdizionale sulle decisioni di autorizzazione agli aiuti della Commissione.

Mentre in *KLM I* la ricevibilità del ricorso era riconosciuta solo sulla base lesione di diritti processuali (causa T-643/20, cit., punti 24-29), in *KLM II* è espressamente affermata la legittimazione a contestare la decisione nel merito, esplicitando le considerazioni che in *Luftbansa* erano rimaste circoscritte all'esame in concreto del mercato rilevante (sentenza del Tribunale del 10 maggio 2023, cause riunite T-34/21 e T-87/21, *Ryanair c. Commissione (Luftbansa; COVID-19)*, punto 37 ss.). Si consolida, quindi, la giurisprudenza sul caso *Frankfurt Hahn* (causa C-453/19 P, cit., punto 57 ss.), che a sua volta ha preso il posto di un orientamento tradizionalmente più restrittivo (sentenza della Corte del 22 novembre 2007, causa C-260/05, *Sniace SA c. Commissione*, punto 65; sentenza del Tribunale dell'11 luglio 2019, causa T-894/16, *Société Air France c. Commissione*, punto 80).

Poiché il concorrente del beneficiario può ottenere tutela anche attraverso azioni di *private enforcement* della disciplina degli aiuti di Stato innanzi ai giudici nazionali, le pronunce di annullamento sui casi *Ryanair* potrebbero aprire la strada ad azioni *follow-on* sul modello di quelle in ambito *antitrust* (cfr.: C. CELLERINO, *Le azioni nei confronti del beneficiario di aiuti di Stato e i limiti all'effetto diretto "orizzontale" dell'art. 108.3 TFUE: problemi e spunti dalla recente giurisprudenza nazionale*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, n. 4, 2015, pp. 1124-1145; F. MUNARI, M. BARBANO, *La Direttiva Damages: dalle origini del sistema europeo di private antitrust enforcement alla Dir. 104/2014*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario Sistematico*, cit., pp. 357-371).

Quanto agli aspetti di diritto sostanziale, la pronuncia *KLM II* approfondisce la questione dell'incidenza delle dinamiche infragruppo nella valutazione di compatibilità dell'aiuto. Nelle sentenze *KLM I* e *TAP* il Tribunale aveva già sottolineato che l'onere della Commissione di ricostruire adeguatamente la struttura del gruppo beneficiario dell'aiuto non può essere alleggerito a causa dell'emergenza pandemica (causa T-643/20, *KLM I*, cit.; sentenza del Tribunale del 19 maggio 2021, causa T-465/20, *Ryanair c. Commissione (TAP; Covid-19)*); in entrambi i casi, però, le scelte di fondo della Commissione non erano state messe in discussione, come confermato dalla sospensione degli effetti dell'annullamento (causa T-643/20, *KLM I*, cit., punti 79-84; causa T-465/20, *TAP*, cit., punto 62; per approfondimenti sia consentito il rinvio a M. BARBANO, *La giurisprudenza del Tribunale dell'Unione sugli aiuti di Stato ai vettori aerei durante la pandemia: necessità emer-*



*genziali e rischio di frammentazione del mercato*, in *Il diritto marittimo*, n. 1, 2023, pp. 114-134, spec. p. 127 ss.).

In *KLM II*, invece, il Tribunale esamina nel merito la valutazione della Commissione, ritenendola manifestamente errata. La sentenza sottolinea la necessità di esaminare la complessiva situazione finanziaria del gruppo, profilo già evidenziato nella pronuncia *Lufthansa*, nella quale l'omonimo gruppo è stato ritenuto – qui sotto il profilo della necessità e proporzionalità dell'aiuto – capace di finanziarsi autonomamente sui mercati (sentenza del Tribunale del 10 maggio 2023, cause riunite T-34/21 e T-87/21, *Ryanair c. Commissione (Lufthansa; COVID-19)*, punti 132-134).

Il punto focale del caso *KLM II*, tuttavia, è il rischio di cumulo tra misure concesse da più Stati membri allo stesso gruppo. In termini generali, secondo la Corte di giustizia la stessa impresa può beneficiare di più misure di aiuto COVID, anche fondate su basi giuridiche diverse, purché non si ecceda il danno complessivo che l'impresa ha sofferto a causa della pandemia (sentenza della Corte del 28 settembre 2023, causa C-320/21, *Ryanair c. Commissione (SAS; Sweden)*, punti 49 e 50). A fronte dell'inadeguatezza di un vincolo contrattuale al trasferimento infragruppo dell'aiuto evidenziata in *KLM II*, la soluzione preferibile pare quella di fissare un tetto massimo al sostegno economico di cui il gruppo può beneficiare, indipendentemente dallo Stato membro che erogherà l'aiuto, sulla scorta dell'approccio adottato per la prima volta nel caso *Austrian Airlines* (sentenza del Tribunale del 14 luglio 2021, causa T-677/20, *Ryanair e Laudamotion c. Commissione (Austrian Airlines; Covid-19)*, spec. punto 37).

A tal fine, gli Stati membri devono operare in stretto coordinamento tra loro e con la Commissione, principio che, come evidenziato da un felice *obiter dictum* della sentenza *KLM II*, si fonda sul dovere di leale cooperazione ai sensi dell'art. 4, par. 3 TUE (causa T-146/22, *KLM II*, cit., punto 164; cfr. anche causa T-494/21, cit., punto 152; causa T-216/21, cit., punto 168).

*De jure condendo*, il rischio di distorsioni legato alla plurima concessione di aiuti ad imprese "pan-europee" potrebbe essere eliminato solo attraverso una gestione centralizzata delle risorse pubbliche da allocare alle imprese in caso di emergenze. Trattasi di ipotesi che richiederebbe o un complesso sistema di *governance* degli aiuti statali, coordinati a livello dell'Unione, oppure l'impiego diretto di strumenti di finanziamento europeo magari vincolati a una specifica destinazione. Soprattutto questa seconda soluzione eviterebbe anche quanto purtroppo si è verificato in questi ultimi anni, e cioè un sostegno asimmetrico a imprese operanti nel medesimo mercato interno, derivante esclusivamente dalla diversa capaci-



tà fiscale degli Stati membri. Ciò premesso, è superfluo aggiungere che, di questi tempi, l'aumento della capacità fiscale dell'Unione o il suo indebitamento sui mercati non sembra a portata di mano dal punto di vista politico. Con gravi potenziali conseguenze purtroppo non limitate al settore dei trasporti aerei.

### **Abstract (ita)**

Nella sentenza *KLM II*, il Tribunale dell'UE affronta la questione dei gruppi aziendali che, in virtù della loro dimensione “pan-europea”, hanno ricevuto aiuti da più Stati membri durante l'emergenza COVID-19 (7 febbraio 2024, causa T-146/22). Dopo aver delineato lo scenario fattuale rilevante, il presente contributo analizza le motivazioni della Corte circa il *locus standi* del concorrente, l'applicazione del criterio della “singola unità economica” e la distinzione tra vantaggio indiretto ed effetti economici secondari dell'aiuto. Mediante un confronto con l'oramai ampia giurisprudenza sugli aiuti COVID (c.d. casi *Ryanair*), sono discusse le possibili ripercussioni sull'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato, soprattutto alla luce del principio di leale cooperazione su cui la Corte ha fondato l'obbligo per gli Stati membri di coordinare le misure rivolte allo stesso gruppo di imprese.

### **Abstract (eng)**

In the *KLM II* ruling, the EU General Court addresses the issue of corporate groups that, by virtue of their ‘pan-European’ dimension, received aid from several Member States during the COVID-19 emergency (7 February 2024, Case T-146/22). After setting the relevant factual scenario, this paper comments on the Court's reasoning on the locus standi of the competitor, the application of the ‘single economic unit’ criterion and the distinction between indirect advantage and secondary economic effects of the aid. Drawing comparisons with the extensive case-law on COVID-related aid (the so-called *Ryanair* cases), some possible repercussions on State aid law enforcement are discussed, especially in light of the principle of sincere cooperation on which the Court established an obligation for Member States to coordinate measures addressed to the same group of companies.



## LE SENTENZE SUPERLEGA, ISU E SA ROYAL ANTWERP FC: UNA PRIMA LETTURA

Stefano Bastianon (Professore ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Bergamo) – 14 gennaio 2024

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il silenzio della Corte di giustizia sul c.d. modello sportivo europeo e l'interpretazione dell'art. 165 TFUE. – 3. Il ritorno delle regole puramente sportive. – 4. Le restrizioni “per oggetto”. – 5. Arbitrato sportivo e controllo giurisdizionale effettivo. – 6. Vivai giovanili, concorrenza e libera circolazione dei lavoratori. – 7. Considerazioni di sintesi.

1. Al termine di tre travagliate gestazioni durate, la più breve 26 mesi e la più lunga 34 mesi, il 21 dicembre 2023 la Grande Chambre della Corte di giustizia ha partorito tre sentenze, in parte gemelle, in tema di rapporti tra il diritto dell'Unione europea e l'attività regolatoria delle federazioni sportive. Nello specifico, si tratta di due pronunce pregiudiziali (causa C-333/21, *European Superleague Company* e causa C-680/21, *SA Royal Antwerp FC*) e di una impugnazione avverso una sentenza del Tribunale (causa C-124/21 P, *International Skating Union*) accomunate dal fatto che in tutti e tre i casi a) l'analisi svolta dalla Corte di giustizia ha riguardato le norme in materia di concorrenza e/o le norme in materia di libera circolazione, e b) tali analisi presenta, sia aspetti specifici del particolare contesto di riferimento, vale a dire quello sportivo, sia aspetti di rilevanza per il diritto dell'Unione europea in generale.

2. Sotto il profilo dei rapporti tra il diritto dell'Unione europea e il settore sportivo, le tre sentenze si segnalano, in primo luogo, per l'assenza di qualsiasi riferimento al c.d. modello sportivo europeo nonché per la chiara e ferma interpretazione dell'art. 165 TFUE operata dalla Corte di giustizia. In quest'ottica, le tre pronunce si segnalano per aver consentito alla Corte di giustizia di ricondurre all'interno di un più tradizionale ed ortodosso contesto normativo alcune derive interpretative che, soprattutto dopo le Conclusioni dell'Avvocato generale Rantos nelle vicende *Superlega* e *ISU*, si erano spinte sino al punto di teorizzare una rilevanza costituzionale dello sport nel sistema normativo disegnato dai Trattati. Secondo l'Avvocato generale Rantos, infatti, da un lato l'art. 165 TFUE sarebbe espressione del riconoscimento “costituzionale” del modello sportivo europeo, caratterizzato da una serie di elementi, quali una struttura piramidale, con, alla base, lo sport

dilettantistico e, al vertice, lo sport professionistico, le competizioni aperte, accessibili a tutti in virtù di un sistema trasparente nel quale la promozione e la retrocessione mantengono un equilibrio competitivo e privilegiano il merito sportivo, nonché un regime di solidarietà finanziaria, che consente di ridistribuire e di reinvestire i ricavi generati dagli eventi e dalle attività, dal vertice ai livelli inferiori dello sport; mentre, dall'altro lato, l'art. 165 TFUE rappresenterebbe a) una disposizione specifica rispetto alle disposizioni generali degli articoli 101 e 102 TFUE, in grado di fungere da paradigma nell'interpretazione delle norme in materia di concorrenza e b) una disposizione, per sua stessa natura, orizzontale, destinata pertanto ad essere presa in considerazione nell'attuazione delle altre politiche dell'Unione.

Con riferimento al modello sportivo europeo ed alla sua asserita "costituzionalizzazione" ad opera dell'art. 165 TFUE, la Corte di giustizia nulla dice, tanto che l'espressione "modello sportivo europeo" non viene mai menzionata in nessuna delle tre pronunce. E ciò in quanto, nonostante una parte considerevole degli argomenti difensivi delle federazioni coinvolte aveva fatto leva proprio su tale modello per sostenere la legittimità del proprio sistema di preventiva autorizzazione, in realtà né la vicenda *Superlega* né la vicenda *ISU* riguardavano il c.d. modello sportivo europeo. Peraltro, proprio il silenzio della Corte di giustizia su tale specifico tema, nonostante lo stesso fosse stato ampiamente dibattuto dalle parti e nonostante la chiara scelta di parte effettuata dall'Avvocato generale Rantos, dimostra che, allo stato attuale, il c.d. modello sportivo europeo rappresenta più un'icona ideologico-politica che non un definito e concreto obiettivo normativo, tanto da suggerire alla Corte di giustizia neppure di menzionarlo.

Per quanto riguarda, invece, l'art. 165 TFUE, la distanza della Corte di giustizia rispetto all'Avvocato generale è ancor più evidente. Secondo i giudici europei, infatti, il combinato disposto degli artt. 6 TUE e 165 TFUE consente di affermare che gli autori dei Trattati hanno inteso conferire all'Unione una competenza di sostegno, consentendole di perseguire non una "politica", come previsto da altre disposizioni del Trattato FUE, ma una "azione" in alcuni settori specifici, tra cui lo sport. Pertanto, tali disposizioni costituiscono una base giuridica che autorizza l'Unione ad esercitare tale competenza di sostegno, alle condizioni ed entro i limiti da esse fissati, prevedendo, tra l'altro, come previsto dall'art. 165, par. 4, primo trattino, TFUE, l'esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari adottate a livello nazionale (punto 99). Inoltre, come risulta dall'inserimento dell'art. 165 TFUE nella Parte Terza del Trattato, dedicata alle "Politiche e azioni interne dell'Unione", e non nella Parte Prima di tale

trattato, che contiene disposizioni di principio, tra cui, al Titolo II, “Disposizioni di portata generale”, relative, tra l’altro, alla promozione di un elevato livello di occupazione, alla garanzia di un’adeguata protezione sociale, alla lotta contro ogni discriminazione, alla tutela dell’ambiente e alla tutela dei consumatori, tale articolo non costituisce una disposizione orizzontale di portata generale (punto 100). Ciò significa, pertanto, che, sebbene le istituzioni dell’Unione debbano tenere conto dei diversi elementi e obiettivi elencati nell’art. 165 TFUE quando adottano, sulla base di tale articolo e secondo le condizioni ivi fissate, misure di incentivazione o raccomandazioni nel settore della sport, tali diversi elementi e obiettivi, nonché tali misure di incentivazione e raccomandazioni non devono essere integrati o presi in considerazione in modo vincolante nell’applicazione delle norme sulla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali (artt. 45, 49, 56 e 63 TFUE) sulle regole della concorrenza (artt. 101 e 102 TFUE). Più in generale, l’art. 165 TFUE non deve nemmeno essere considerato una norma speciale che esenta lo sport da tutte o alcune delle altre disposizioni di diritto primario dell’Unione che possono essergli applicate o che richiede un trattamento speciale per lo sport nell’ambito dell’applicazione di tale norma (punto 101).

Da tali affermazioni si evince in modo abbastanza evidente che secondo la Corte di giustizia, anche dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le federazioni sportive non possono considerare l’art. 165 TFUE una sorta di norma in bianco che consente loro di giustificare qualsiasi regolamentazione sportiva restrittiva di una libertà fondamentale o della concorrenza.

3. Il terzo aspetto di rilievo, comune a tutte e tre le sentenze, è rappresentato da quella che sembra a tutti gli effetti una “riesumazione” delle c.d. regole puramente sportive. Rispolverando un lessico d’altri tempi, la Corte di giustizia ricorda, dapprima, che, nella misura in cui costituisce un’attività economica, la pratica dello sport è soggetto alle regole di diritto dell’Unione europea che disciplinano tale attività; e subito dopo precisa che, tuttavia, solo alcune regole particolari che vengono adottate esclusivamente sulla base di motivi non economici e che riguardano questioni di rilevanza unicamente per lo sport in quanto tale devono considerarsi estranee a qualsiasi attività economica. Esempi di tali regole sono, ad esempio, quelle che precludono ai giocatori stranieri di far parte delle squadre rappresentative nazionali nonché quelle relative ai criteri attraverso i quali le federazioni sportive selezionano gli atleti destinati a partecipare individualmente alle competizioni.

Al di fuori di tali regole (che la Corte di giustizia sembra evocare a titolo meramente esemplificativo, come si evince dall'utilizzo della locuzione "in particolare"), la Corte di giustizia sottolinea che le norme adottate dalle associazioni sportive per disciplinare il lavoro retribuito o la prestazione di servizi da parte di giocatori professionisti o semiprofessionisti e, più in generale, quelle norme che, pur non disciplinando formalmente tale lavoro o tale prestazione di servizi, hanno su di essi un impatto indiretto, possono rientrare nell'ambito di applicazione delle norme in materia di libera circolazione e di concorrenza.

L'ampio risalto dato dalla Corte di giustizia alle regole puramente sportive, per quanto senz'altro positivo a parere di chi scrive, solleva una serie di interrogativi cui non è facile dare risposta.

In primo luogo, infatti, non è chiaro se con le tre pronunce del 21 dicembre 2023 la Corte di giustizia abbia voluto optare per un "ritorno al passato", scontando, tuttavia, un dazio assai elevato, vale a dire il ripudio della propria giurisprudenza del 2006 nel caso *Meca-Medina* (18 luglio 2006, C-519/04 P, *Meca Medina e Majcen c. Commissione*) ove la Corte di giustizia aveva ritenuto che il Tribunale fosse incorso in un errore di diritto per aver "considerato che la circostanza che un regolamento puramente sportivo sia estraneo all'attività economica, con la conseguenza che tale regolamento non ricade nell'ambito di applicazione degli artt. 39 CE e 49 CE, significa, altresì, che esso è estraneo ai rapporti economici che interessano la concorrenza, con la conseguenza che esso non ricade nemmeno nell'ambito di applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE" (punto 32). Ancor più esplicitamente la Commissione, nel Libro bianco sullo sport del 2007, aveva sottolineato che "se una certa regola sportiva sia compatibile con le norme UE in materia di concorrenza può essere valutato soltanto caso per caso, come recentemente confermato dalla Corte di giustizia europea nella sua sentenza sul caso *Meca Medina*. La Corte ha fornito un chiarimento per quanto riguarda gli effetti del diritto dell'UE sulle regole sportive, respingendo la nozione di "regole puramente sportive" in quanto irrilevante per la questione dell'applicabilità al settore sportivo delle norme UE sulla concorrenza" (Libro bianco sullo sport, Bruxelles, 11 luglio 2007).

In secondo luogo, come già osservato a proposito della sentenza *Walrave e Koch* (12 dicembre 1974, causa 36/74), alla quale si deve la teorizzazione del concetto di regole puramente sportive – intese come regole adottate per motivi non economici e relativi soltanto allo sport in quanto tale -, non è chiaro se, oltre alle regole puramente sportive espressamente richiamate dalla Corte di giustizia, vi possano essere anche altre regole puramente sportive.



A tale riguardo, inoltre, si osserva che la Corte di giustizia esclude espressamente dal novero delle regole estranee a qualsiasi attività economica non solo le regole adottate “to govern paid work or the performance of services”, ma anche di quelle regole che “whilst not formally governing that work or the performance of services, have an indirect impact thereon” (*Superlega*, punto 85). Sennonché, nell’attuale momento storico in cui lo sport, soprattutto quello di alto livello, costituisce una vera e propria attività economica, qualsiasi regola, anche la “più” puramente sportiva, può avere un impatto indiretto sulla dimensione economica dell’attività sportiva. Sotto tale profilo, infatti, considerata la rilevanza economica ormai raggiunta anche dalle partite tra rappresentative nazionali, risulta davvero difficile immaginare che il divieto per i calciatori stranieri cittadini di uno Stato membro, soprattutto se talentuosi e famosi, di far parte della Nazionale di calcio di un altro Stato membro non abbia anche un impatto indiretto sulla libera prestazione di servizi da parte di tali giocatori.

In terzo luogo, non è facile comprendere il senso di un così ampio riferimento alle regole puramente sportive in tre casi nei quali risulta evidente che nessuna delle regole in questione poteva essere considerata una regola puramente sportiva nel senso di cui si è detto. Tanto nella sentenza *Superlega*, quanto nella sentenza *SA Royal Antwerp FC*, infatti, la Corte di giustizia ha evidenziato che le regole in discussione nei due giudizi non rientrano nel concetto di regole puramente sportive in quanto, sebbene non disciplinino formalmente le condizioni di lavoro o di prestazione di servizi dei giocatori o le condizioni di esercizio dell’attività economica da parte delle società di calcio professionistiche, tali norme devono essere considerate aventi un’influenza diretta su tale lavoro, su tale prestazione di servizi o sull’esercizio di tale attività economica, poiché incidono necessariamente sulla possibilità di partecipazione dei giocatori e delle società alle competizioni di cui trattasi. Per contro, nulla viene detto a tale proposito nella sentenza *ISU*, ma le norme rilevanti in tale pronuncia si presentano del tutto simili a quelle oggetto della sentenza *Superlega*.

4. Nella sentenza *Superlega* un tema rilevante sia per il contesto sportivo di riferimento, sia in relazione alla puntuale applicazione delle norme europee in materia di concorrenza riguarda senz’altro la qualifica del sistema di previa autorizzazione dell’UEFA come una restrizione della concorrenza “per oggetto”, in considerazione del fatto che tale sistema risulta sprovvisto di un quadro generale di regole criteri indispensabile per assicurare che il potere autorizzatorio delle due federazioni sia esercitato in modo oggettivo,

preciso, trasparente, non discriminatorio e proporzionato. Considerazioni simili vengono svolte anche con riferimento al sistema di previa autorizzazione nella vicenda *ISU*.

Cercando di semplificare al massimo il ragionamento della Corte di giustizia, si può affermare che il giudice europeo non esclude *a priori* la possibilità né che la specificità delle competizioni calcistiche internazionali e le reali condizioni della struttura e del funzionamento del mercato per l'organizzazione e la commercializzazione di tali competizioni sul territorio dell'Unione europea possano dare credito all'idea che, in termini di principio, sia legittimo per le federazioni sportive adottare regole sull'approvazione preventiva di tali competizioni, né che tra le ragioni addotte a giustificazione del sistema FIFA e UEFA di previa autorizzazione possa rientrare il perseguimento di obiettivi legittimi, quali garantire il rispetto dei principi, dei valori e delle regole del gioco su cui si fonda il calcio professionistico. Ciononostante, la Corte di giustizia ritiene che il fatto che tale sistema non sia disciplinato da criteri e regole oggettive, trasparenti, precise, non discriminatorie e proporzionate rivela la "vera" finalità di tale sistema, vale a dire quella di conferire all'UEFA ed alla FIFA il potere di autorizzare, controllare e fissare le condizioni di accesso al mercato interessato per qualsiasi impresa potenzialmente concorrente, nonché di determinare sia il grado di concorrenza che può esistere su tale mercato sia le condizioni cui può essere esercitata tale concorrenza potenziale.

La Corte di giustizia prosegue, poi, sottolineando che il sistema di previa autorizzazione di UEFA e FIFA consente, per sua stessa natura, se non di escludere da tale mercato qualsiasi impresa concorrente, anche altrettanto efficiente, almeno di limitare la creazione e la commercializzazione "di competizioni alternative o nuove in termini di format o contenuto. Risulta evidente, pertanto, che UEFA e FIFA privano completamente le società di calcio professionistiche e i giocatori della possibilità di partecipare a tali competizioni, anche se potrebbero, ad esempio, offrire un formato innovativo rispettando tutti i principi, i valori e le regole del gioco che sono alla base di questo sport. Esse, infine, privano completamente gli spettatori e i telespettatori della possibilità di assistere a tali competizioni o di seguirne la trasmissione" (*Superlega*, punto 176).

Si tratta di uno snodo della pronuncia di sicuro rilievo, soprattutto in prospettiva futura. Come noto, uno degli strumenti su cui si basa la competizione economica è costituito proprio dalla differenziazione del prodotto. Si tratta, allora, di capire, nel contesto della competizione economica tra eventi sportivi se e fino a che punto il *newcomer* può differenziare il proprio

prodotto rispetto a quello offerto dall'*incumbent*. Tale differenziazione, inoltre, può riguardare sia il formato dell'evento sportivo (lega aperta/chiusa, eliminazione diretta/gironi), sia talune specifiche regole del gioco (rimessa laterale con i piedi, numero di sostituzioni, sostituzioni "volanti", tempo effettivo, numero di arbitri, ecc.).

Sotto tale profilo, la pronuncia della Corte di giustizia appare decisamente criptica. Da un lato, infatti, i giudici europei ritengono il sistema di previa autorizzazione di FIFA ed UEFA restrittivo della concorrenza in quanto priva qualsiasi impresa concorrente, anche parimenti efficiente, di organizzare e commercializzare nuove competizioni in termini sia di *format* che di contenuto. Dall'altro lato, invece, la Corte di giustizia sembra affermare che qualsiasi nuova competizione che si intende organizzare deve rispettare "tutti i principi, i valori e le regole del gioco che stanno alla base dello sport in questione" (nella specie, il calcio). Sennonché, anche tralasciando per un momento la questione di quali siano i principi e i valori che stanno alla base del calcio, il riferimento al rispetto delle regole del gioco appare eccessivamente generico. Non si comprende, infatti, se la Corte abbia voluto dire che il terzo che vuole organizzare deve rispettare tutte le regole del gioco previste dalla FIFA e dall'UEFA? Oppure si vuole dire che all'interno delle regole del gioco del calcio è possibile individuare un *set* di regole che concorrono a definire il concetto stesso di gioco del calcio e che non possono essere modificate (si pensi, ad esempio, alla regola che vieta ai giocatori, ad eccezione del portiere, di toccare la palla con le mani) accanto ad altre regole che possono essere modificate senza per questo "tradire" l'essenza stessa del gioco del calcio? D'altra parte, molti sport, tra cui anche il calcio, hanno conosciuto nel corso degli anni diverse modifiche delle regole tecniche: si pensi al tiro da tre punti nel basket, al divieto del portiere di toccare la palla con le mani in caso di retropassaggio da parte di un proprio compagno di squadra nel calcio, all'introduzione nel VAR sempre nel gioco del calcio, al cambiopalla nel *volley*.

Strettamente connessa alla qualifica del sistema di previa autorizzazione di FIFA ed UEFA come restrittivo "per oggetto", si presenta la puntualizzazione della Corte di giustizia secondo cui la giurisprudenza *Wouters e a.* (19 febbraio 2002, causa C-309/99), *Meca Medina e Majcen* e *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* (28 febbraio 2013, causa C-1/12), da un lato, si applica alle cause che riguardano accordi o decisioni che assumono la forma di norme adottate da un'associazione, come un'associazione professionale o un'associazione sportiva, al fine di perseguire determinati obiettivi etici o di principio e, più in generale, di disciplinare l'esercizio di un'attività professio-

nale; mentre, dall'altro lato, non si applica alle restrizioni per oggetto. Come noto, in base a tale giurisprudenza, non ogni accordo tra imprese che limiti la libertà d'azione delle imprese parti di tale accordo rientra necessariamente nel divieto previsto dall'art 101, par. 1, TFUE, dovendosi tenere conto del contesto economico e giuridico in cui si inserisce l'accordo, dell'eventuale perseguimento di uno o più obiettivi legittimi di interesse pubblico, del carattere necessario e proporzionato dei mezzi specifici utilizzati per perseguire tali obiettivi.

Per escludere dall'ambito di applicazione della giurisprudenza in parola gli accordi restrittivi "per oggetto", la Corte di giustizia svolge il seguente ragionamento:

a) dalla giurisprudenza *MOTOE* (1° luglio 2008, causa C-49/07) risulta, ancorché implicitamente, ma necessariamente, che la giurisprudenza sopra richiamata non si applica in presenza di comportamenti che, indipendentemente dal fatto che provengano o meno da una associazione professionale o sportiva e da quali obiettivi legittimi di interesse pubblico possano essere invocati a sostegno, per loro stessa natura violano l'art. 102 TFUE (*Superlega*, punto 185);

b) posto che l'assenza di un'intenzione soggettiva di impedire, limitare o falsare la concorrenza nonché il perseguimento di obiettivi potenzialmente legittimi non sono determinanti nemmeno ai fini dell'applicazione dell'art. 101, par. 1, TFUE e che, inoltre, gli artt. 101 e 102 TFUE devono essere interpretati in modo coerente, ne consegue che la giurisprudenza di cui si discute non si applica neppure a comportamenti che, lungi dal avere semplicemente l'«effetto» intrinseco di restringere, almeno potenzialmente, la concorrenza, rivelano un grado di pregiudizio rispetto a tale concorrenza così elevato tale da giustificare la constatazione che tale comportamento ha per "oggetto" stesso la prevenzione, la restrizione o la distorsione della concorrenza (*Superlega*, punto 186).

Come è facile intuire, si tratta di un passaggio particolarmente rilevante anche al di fuori dello specifico contesto sportivo di riferimento.

Innanzitutto, si osserva che, nonostante quanto affermato dalla Corte di giustizia, dalla sentenza *MOTOE* (e in particolare dal punto 53 di tale pronuncia espressamente richiamato dalla Corte di giustizia) non si evince affatto la regola che la giurisprudenza *Wouters/Meca Medina/OTOC* non si applichi alle restrizioni "per oggetto". Si tratta, pertanto, di un principio nuovo, enunciato dalla Corte di giustizia in tutte e tre le sentenze, privo però di alcun riferimento giurisprudenziale certo ed univoco.

In secondo luogo, la Corte non spiega in alcun modo perché, da un lato,

giurisprudenza *Wouters/Meca Medina/OTOC* non si applichi alle restrizioni “per oggetto” nonostante la prima condizione del test di *Wouters* richiede che si esamini l’esistenza di eventuali motivi legittimi di interesse generale nell’ambito del contesto economico e legale di riferimento, mentre, dall’alto lato, la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia ha da tempo chiarito che la qualifica di un accordo restrittivo “per oggetto” deve avvenire alla luce, *inter alia*, del contesto legale ed economico in cui l’accordo si inserisce (sentenza dell’11 settembre 2004, causa C-67/13 P, *CB c. Commissione*, punto 53; del 23 gennaio 2018, causa C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche e a.*, punto 79).

In terzo luogo, non deve essere trascurato il fatto che, una volta esclusi gli accordi restrittivi “per oggetto” dall’ambito di applicazione della giurisprudenza *Wouters/Meca-Medina/OTOC*, la possibilità per tali accordi di non incorrere nel divieto di cui all’art. 101, par. 1, TFUE passa inevitabilmente dal rigido soddisfacimento delle quattro condizioni cumulative previste dall’art. 101, par. 3, TFUE. Sennonché, a parte il rilievo che le condizioni di cui all’art. 101, par. 3 TFUE appaiono decisamente più restrittive di quelle di cui alla giurisprudenza sopra richiamata, si può ragionevolmente ritenere che soltanto in casi eccezionali una restrizione “per oggetto” possa beneficiare di una esenzione *ex art.* 101, par. 3 TFUE.

Con specifico riferimento al settore sportivo, inoltre, le conclusioni della Corte di giustizia comportano, innanzitutto, che in presenza di una restrizione della concorrenza “per oggetto” le federazioni sportive non potranno più limitarsi ad invocare genericamente la specificità dello sport e i valori di cui all’art. 165 TFUE, ma dovranno, al contrario, dimostrare con argomenti e prove convincenti che la misura restrittiva sotto esame soddisfa tutte le condizioni previste dall’art. 101, par. 3, TFUE. Sennonché, in relazione al sistema FIFA/UEFA di previa autorizzazione, la Corte di giustizia ha sottolineato che:

- con riferimento alla prima condizione (incrementi di efficienza): FIFA/UEFA devono dimostrare che tali incrementi di efficienza non corrispondono ai vantaggi che FIFA ed UEFA possono trarre dal loro sistema di previa autorizzazione nell’ambito della loro attività economica, ma corrispondono a vantaggi oggettivi ed apprezzabili che il loro sistema consente di ottenere nei diversi settori o mercati interessati. Inoltre, affinché tale prima condizione possa ritenersi soddisfatta, non solo occorre dimostrare l’effettiva esistenza e l’entità di tali incrementi di efficienza, ma occorre anche quantificare tali incrementi, dimostrare come e quando tali incrementi saranno realizzati e, infine, dimostrare che gli stessi siano idonei a compensare gli svantaggi cau-

sati dall'accordo, decisione o prassi controversa in materia di concorrenza;

- con riferimento alla seconda condizione (riserva di una congrua parte dei benefici agli utilizzatori): FIFA/UEFA dovranno dimostrare che il loro sistema di previa autorizzazione e relative sanzioni è idoneo ad incidere favorevolmente sulle diverse categorie di utenti, vale a dire le federazioni calcistiche nazionali, i club professionistici o dilettantistici, i giocatori professionisti o dilettanti, i giovani calciatori e, più in generale, i consumatori, siano essi spettatori o telespettatori. Non solo: la Corte precisa, altresì che, "sebbene tali norme possano apparire legittime, sul piano del loro principio, poiché contribuiscono a garantire il rispetto dei principi, dei valori e delle regole del gioco su cui si fonda il calcio professionistico, in particolare il carattere aperto e meritocratico delle competizioni in questione, e garantendo una certa forma di "redistribuzione della solidarietà" all'interno del calcio, l'esistenza di tali obiettivi, per quanto lodevoli possano essere, non esonera le federazioni che hanno adottato tali regole dall'obbligo di dimostrare, dinanzi al giudice nazionale, che il perseguimento di tali obiettivi si traduce in incrementi di efficienza effettivi e quantificabili, da un lato, e che essi compensano gli svantaggi cagionati sul piano concorrenziale dalle norme di cui trattasi nel procedimento principale, dall'altro;

- con riferimento alla quarta condizione (non eliminazione della concorrenza): il giudice del rinvio deve tenere in considerazione il fatto che non esiste un quadro normativo per le norme sulla previa approvazione, sulla partecipazione e sulle sanzioni preveda criteri sostanziali e regole procedurali dettagliate idonei a garantirne la trasparenza, l'oggettività, la precisione e la non discriminazione. Inoltre, secondo la Corte di giustizia, una situazione del genere è idonea a consentire a FIFA ed UEFA di impedire qualsiasi concorrenza sul mercato dell'organizzazione e della commercializzazione delle competizioni calcistiche tra club sul territorio dell'Unione.

5. Con riferimento alla vicenda *ISU*, mentre in occasione della decisione della Commissione e della sentenza del Tribunale l'attenzione degli interpreti si era concentrata principalmente, se non addirittura esclusivamente, sulla natura restrittiva del sistema di previa autorizzazione e sul carattere sproporzionato delle relative sanzioni in perfetta sintonia con la giurisprudenza *MOTOE*, la pronuncia della Corte di giustizia, complice anche il fatto che gran parte delle conclusioni raggiunte si presentano sovrapponibili alla vicenda *Superlega*, si segnala prevalentemente per l'analisi svolta sotto il profilo della compatibilità del sistema di arbitrato sportivo internazionale davanti al Tribunale Arbitrale dello Sport (TAS) di Losanna con i principi di



diritto dell'Unione europea e, in particolare, con quello del controllo giurisdizionale effettivo.

Senza alcuna pretesa di esaustività, è sufficiente ricordare che, mentre la Commissione aveva ritenuto che, in quanto idoneo a rendere più difficile l'esercizio dei propri diritti da parte dei singoli pregiudicati da un diniego di autorizzazione da parte dell'ISU, il meccanismo arbitrale davanti al TAS previsto dalla regolamentazione dell'ISU era idoneo a rafforzare la portata anticoncorrenziale del sistema di previa autorizzazione, il Tribunale, al contrario, aveva ritenuto che la Commissione non avesse correttamente tenuto in considerazione il fatto che, nonostante il carattere esclusivo ed obbligatorio dell'arbitrato TAS previsto dalla normativa ISU, i singoli avrebbero, comunque, potuto far valere i propri diritti, sia rivolgendosi ai giudici nazionali per domandare il risarcimento dei danni, sia presentando una denuncia alla Commissione o alle autorità garanti della concorrenza a livello nazionale.

La Corte di giustizia ricorda, innanzitutto, che in base alla propria giurisprudenza un singolo può stipulare un accordo che sottoponga, in termini chiari e precisi, tutte o parte delle controversie che lo riguardano ad un organo arbitrale in luogo del giudice nazionale che sarebbe stato competente a pronunciarsi su tali controversie ai sensi del diritto nazionale applicabile, e che esigenze relative all'efficacia del procedimento arbitrale possono giustificare una limitazione del controllo giurisdizionale dei lodi arbitrali (sentenza del 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, punto 35; del 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*, punto 34). Tuttavia, la Corte di giustizia precisa, altresì, che un siffatto controllo giurisdizionale deve, in ogni caso, essere in grado di verificare la conformità di tali lodi alle disposizioni fondamentali che riguardano l'ordine pubblico dell'Unione, tra cui figurano gli articoli 101 e 102 TFUE. E ciò tanto più se ci si trovi al cospetto di un meccanismo arbitrale, di fatto, imposto da un soggetto di diritto privato, come un'associazione sportiva internazionale, ad un altro, come un atleta. Infatti, in assenza di tale controllo giurisdizionale, il ricorso a un meccanismo arbitrale è tale da pregiudicare sia la tutela dei diritti che i soggetti derivano dall'effetto diretto del diritto dell'Unione, sia l'effettivo rispetto degli articoli 101 e 102 TFUE, che deve essere garantito – e sarebbe pertanto garantito in assenza di un siffatto meccanismo – dalle norme nazionali relative ai rimedi giurisdizionali. Inoltre, siccome l'autonomia di cui godono le federazioni sportive – e che consente loro di adottare regole che disciplinano l'organizzazione delle competizioni, il loro funzionamento e la partecipazione degli atleti a siffatte competizioni – non può mai essere intesa nel senso che, per effetto di tali regole, le federazioni possano limitare l'esercizio dei



diritti e delle libertà attribuite ai singoli dalle norme di diritto europeo, tra cui figurano anche gli artt. 101 e 102 TFUE, ne consegue che regole quali il sistema di previa autorizzazione e di ammissibilità adottate dall'ISU devono essere soggette ad un controllo giurisdizionale effettivo.

Sino a qui, per la verità, la sentenza della Corte di giustizia resta ampiamente nell'alveo della pregressa giurisprudenza, salvo, forse, il riferimento, del tutto incidentale, alla natura (asseritamente) imposta (*forcé*) dell'arbitrato sportivo davanti al TAS.

Per contro, il discorso assume una portata ben più rilevante, e potenzialmente foriera di conseguenze, nel momento in cui la Corte analizza i requisiti che devono essere soddisfatti affinché un meccanismo arbitrale come quello previsto dalle norme ISU possa essere considerato compatibile con i principi sottesi all'architettura giudiziaria dell'Unione europea.

Secondo la Corte di giustizia, infatti, per quanto limitato, il controllo giurisdizionale su un lodo arbitrale deve pur sempre rimanere un controllo effettivo; il che, secondo la Corte di giustizia, si traduce nel fatto che in ipotesi di una giurisdizione obbligatoria ed esclusiva a favore di un organo arbitrale, il giudice competente a rivedere i lodi emessi da tale organo deve a) poter verificare che tali lodi siano conformi all'ordine pubblico dell'Unione europea, tra cui rientrano gli articoli 101 e 102 TFUE; b) avere la possibilità, o, eventualmente, l'obbligo, di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Secondo la Corte di giustizia, inoltre, tali due requisiti sono indispensabili e non possono essere sostituiti da altri rimedi a disposizione dei singoli (azioni di risarcimento dei danni/denuncia alla Commissione o alle autorità di concorrenza) ovvero by-passati in virtù di un generico riferimento a motivi legittimi connessi alle caratteristiche specifiche dello sport.

Per provare ad ipotizzare i possibili effetti e le ricadute di tali principi, occorre ricordare che, nella propria decisione, la Commissione aveva stabilito, da un lato, che l'ISU aveva violato l'art. 101, par. 1 TFUE (art. 1 della decisione) e, dall'altro lato, che l'ISU era tenuta a porre fine alla violazione e ad astenersi dal reiterare qualsiasi atto o comportamento avente un oggetto o un effetto equivalente (art. 2 della decisione). Tale secondo obbligo imposto in capo all'ISU, peraltro, deve essere letto alla luce dei punti da 338 a 342 della decisione della Commissione dove vengono definite le misure che l'ISU era tenuta ad adottare per conformarsi all'obbligo di porre fine all'infrazione. In tali punti la Commissione aveva precisato che l'ISU poteva, in sostanza, porre fine all'infrazione pur conservando il suo sistema di autorizzazione preventiva solo se introduceva modifiche sostanziali non solo

alle norme in materia di previa autorizzazione, ma altresì al suo regolamento arbitrale. Inoltre, la Commissione aveva stabilito che nel caso in cui l'ISU non si fosse confermata a quanto stabilito dall'art. 2 della decisione, sarebbe andata incontro ad una penalità di mora giornaliera di importo equivalente al 5% del suo volume di affari giornaliero (art. 4 della decisione).

Per effetto dell'annullamento della sentenza del Tribunale nei limiti in cui aveva ingiunto all'ISU di porre fine all'infrazione e di modificare le proprie regole di arbitrabilità in caso di mantenimento del sistema di previa autorizzazione, gli artt. 2 e 4 della decisione della Commissione tornano ad essere pienamente operativi.

Ciò significa che, con riferimento al caso specifico, l'ISU è tenuta sia a modificare il proprio sistema di previa autorizzazione al fine di renderlo conforme all'art. 101, par. 1 TFUE, sia le proprie regole di arbitrabilità.

A tale riguardo, peraltro, deve essere sottolineato che, come precisato dalla Corte di giustizia ai punti 189 e 190, le regole arbitrali dell'ISU oggetto della controversia sono (solo) quelle che riguardano le controversie che possono sorgere nell'ambito di attività economiche consistenti a) nel cercare di organizzare e commercializzare eventi internazionali di pattinaggio di velocità e b) nel cercare di prendere parte a tali competizioni come atleta professionista. Tali norme arbitrali si applicano, quindi, alle controversie relative all'esercizio di uno sport come attività economica e, su tale base, rientrano nel diritto della concorrenza dell'Unione. Pertanto, tali regole devono rispettare il diritto della concorrenza dell'Unione nella misura in cui sono attuate nel territorio in cui si applicano i Trattati UE e FUE, indipendentemente dal luogo in cui gli enti che li hanno adottati sono stabiliti (sentenze del 25 novembre 1971, causa 22/71, *Béguelin Import*, punto 11; del 27 settembre 1988, cause riunite 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 e da 125/85 a 129/85, *Ahlström Osakeyhtiö e altri c. Commissione*, punto 16; 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, *Intel c. Commissione*, punti da 43 a 45).

In altre parole, è la stessa Corte di giustizia ad affermare che la propria pronuncia riguarda unicamente "l'attuazione di siffatte norme arbitrali nell'ambito di siffatte, specifiche controversie e nel territorio dell'Unione europea e non l'attuazione di tali norme in un territorio diverso dall'Unione europea ovvero la loro attuazione in altri tipi di controversie, come quelle riguardanti meramente lo sport in quanto tale e quindi non rientranti nel diritto dell'Unione, o, a fortiori, l'attuazione delle norme arbitrali in ambiti diversi" (*ISU*, punto 190). In secondo luogo, la Corte mette in risalto, altresì, che le norme arbitrali ISU vengono in rilievo non già nella misura in cui sottopongono al TAS il controllo in primo grado delle decisioni emesse

dall'ISU, ma solo nella misura in cui subordinano il controllo delle sentenze pronunciate dal TAS e il riesame in ultima istanza delle decisioni dell'ISU dinanzi al Tribunale Federale Svizzero (TFS), vale a dire un tribunale di uno Stato terzo.

In tale contesto, il primo ed immediato effetto della sentenza della Corte di giustizia per l'ISU è rappresentato dal fatto che quest'ultima è tenuta a modificare le proprie regole che devolvono in via esclusiva ed obbligatoria al TAS le controversie relative all'organizzazione di una competizione sportiva ad opera di soggetti terzi e alle sanzioni inflitte agli atleti che partecipano ad una competizione non autorizzata nella misura in cui tali regole si applicano in un territorio soggetto alle norme di diritto europeo. Sennonché, se per la Corte di giustizia il problema delle attuali regole ISU in materia di arbitrabilità di tali controversie è rappresentato dal fatto che il controllo giurisdizionale assicurato dal TFS sui lodi TAS non può ritenersi effettivo in quanto, oltre a non poter valutare la compatibilità di tali lodi con l'ordine pubblico europeo che comprende le norme in materia di concorrenza, non può adire la Corte di giustizia *ex art. 267 TFUE*, non è facile ipotizzare come l'ISU possa modificare le proprie regole senza abolire la competenza del TAS a conoscere di tali controversie. Infatti, anche ipotizzando che l'ISU introduca la possibilità di adire anche i Tribunali ordinari di uno Stato membro, nell'ipotesi che un soggetto decida comunque di attivare l'arbitrato davanti al TAS, il problema legato alla natura effettiva del controllo giurisdizionale del TFS permane nella sua interezza.

Altro discorso, invece, riguarda i possibili effetti della sentenza *ISU* nel più vasto contesto della giustizia sportiva internazionale.

Come già evidenziato, infatti, sebbene al punto 189 la Corte di giustizia abbia precisato che nella vicenda *ISU* le regole arbitrali in contestazione riguardavano, in particolare, due tipi di controversie, è altrettanto vero che, per stessa ammissione della Corte di giustizia, tali due tipi di controversie assumono rilievo per il diritto dell'Unione europea in quanto si tratta pur sempre di controversie che concernono lo sport inteso come attività economica, tanto da precisare, al successivo punto 190, che, al contrario, la propria pronuncia non riguarda altri tipi di controversie, come ad esempio quelle relative allo sport in quanto tale e, pertanto, sottratto all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea.

Cercando di fare quadrato intorno a tali precisazioni della Corte di giustizia, sembra possibile affermare che ogni qualvolta l'esercizio dello sport rilevi come un'attività economica all'interno del territorio dell'Unione europea, ed è pertanto assoggettato alle norme europee, la devoluzione delle

relative controversie al TAS deve, comunque, assicurare l'esistenza di un controllo giurisdizionale effettivo e, quindi, *inter alia*, la possibilità per l'organo giurisdizionale chiamato a svolgere tale controllo della possibilità/obbligo di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia *ex art.* 267 TFUE.

Da questo angolo di visuale, pertanto, non sembra azzardo ipotizzare che la sentenza *ISU* sia in grado di estendere i propri effetti ben al di là delle sole controversie relative al diniego di autorizzazione e alle sanzioni inflitte agli atleti per aver partecipato ad una competizione non autorizzata.

Se così è, allora il tema di quali misure possano/debbero essere attuate perché il sistema arbitrale TAS risulti conforme alle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia in tema di effettività del controllo giurisdizionale assume ancor maggior importanza, anche alla luce delle indicazioni che la Corte di giustizia fornirà nel contesto della vicenda *Royal Football Club Seraing c. FIFA, UEFA e URBSFA Royal Football Club Seraing c. FIFA, UEFA e URBSFA*, causa C-600/23) sulla compatibilità con gli artt. 18 TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali della normativa belga che attribuisce l'autorità di cosa giudicata ai lodi del TAS nonostante il fatto che il controllo di conformità di tali lodi al diritto dell'Unione europea sia affidato ad un giudice di uno Stato terzo e che, pertanto, non può avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale.

Ciò detto, sembra doveroso operare un primo, fondamentale distinguo tra la possibilità del TFS di sindacare la legittimità di un lodo TAS alla luce delle norme che fanno parte dell'ordine pubblico europeo, prime fra tutte gli artt. 101 e 102 TFUE, e la facoltà/obbligo per il TFS di sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale.

Infatti, la questione relativa alla nozione di ordine pubblico svizzero che legittima il TFS a sindacare un lodo TAS, per quanto delicata e complessa, non risulta oggettivamente impossibile da affrontare. Si tratterebbe, infatti, di immaginare un'evoluzione della giurisprudenza del TFS in ordine al concetto di ordine pubblico svizzero tale da consentire, pur nell'ambito di un controllo giurisdizionale ristretto, una maggiore considerazione delle norme di ordine pubblico europeo, anche alla luce delle parzialmente analoghe conclusioni cui è giunta la Corte EDU nella vicenda *Semenya c. Suisse*. La strada da percorrere, peraltro, sarebbe tutt'altro che breve e in discesa.

Diversa, per contro, si presenta la questione relativa alla possibilità/obbligo del TFS di disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Si tratta, infatti, di un requisito dell'effettività del controllo giurisdizionale che il TFS, pur volendo, non potrà mai soddisfare, posto che si tratta di un

organo giurisdizionale di uno Stato terzo. Escludendo, per ovvie ragioni, che, almeno nel breve-medio periodo, la Svizzera entri a far parte dell'Unione europea, deve ribadirsi che l'eventuale previsione di una competenza concorrente dei Tribunali degli Stati membri a conoscere delle controversie sportive attualmente devolute in via esclusiva al TAS non sarebbe idonea a risolvere il problema ogniqualvolta la controversia venisse (volontariamente) portata davanti all'organo arbitrale. In tale contesto, per quanto provocatoria, una possibile soluzione potrebbe essere quella di prevedere un trasferimento della (sola) sede legale del TAS all'interno del territorio di uno Stato membro (ad esempio, in Francia, sulla sponda francese del Lago di Ginevra).

D'altra parte, pur avendo la Corte di giustizia evidenziato che la propria pronuncia non riguarda la competenza esclusiva del TAS a conoscere le decisioni dell'ISU, quanto il controllo dei lodi pronunciati dal TAS e, in definitiva il riesame in ultima istanza delle decisioni dell'ISU dinanzi al TFS, al punto 194 la Corte di giustizia afferma che, in assenza di un controllo giurisdizionale effettivo nel senso sopra precisato, è il ricorso ad un meccanismo arbitrale nella sua interezza (TAS + TFS) che finisce per pregiudicare la tutela dei diritti che i soggetti derivano dall'efficacia diretta del diritto dell'Unione e l'effettivo rispetto degli articoli 101 e 102 TFUE.

6. Nella sentenza *SA Royal Antwerp FC*, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi a) sulla compatibilità con gli artt. 101 e 45 TFUE della regola UEFA sui calciatori localmente formati (c.d. *Home Grown Players Rule*, HGPR) in base alla quale ciascun club che partecipa ad una competizione UEFA può avere una rosa di giocatori non superiore a venticinque, di cui almeno otto devono essere "giocatori localmente formati" (*locally-trained players*); di questi otto giocatori localmente formati almeno quattro devono essere stati formati dal club di appartenenza (*club-trained players*), mentre i restanti possono essere giocatori formati da un altro club che appartiene alla medesima federazione sportiva del club per cui tali giocatori giocano (*association-trained players*); b) sulla compatibilità del solo art. 45 TFUE della regola adottata dalla Federcalcio belga (URBSFA) in base alla quale le squadre di calcio professionistiche che partecipano ai campionati di divisione 1° e 1B possono avere una rosa composta al massimo da 25 giocatori, di cui almeno 8 devono essere stati formati da una squadra belga.

A mero titolo di curiosità, si sottolinea che l'Avvocato generale Szpunar aveva precisato che, "come richiesto dalla Corte", le proprie conclusioni si

limitavano ad analizzare l'aspetto della libera circolazione dei lavoratori, ai sensi dell'art. 45 TFUE, tralasciando ogni profilo di tipo concorrenziale. E così è stato. Sennonché, nell'ambito della pronuncia della Corte di giustizia non si rinviene alcuna giustificazione a sostegno della richiesta formulata all'Avvocato generale.

Ciò detto, la sentenza *SA Royal Antwerp FC* può essere idealmente scomposta in due parti: da un lato, vi sono alcuni temi (applicabilità delle norme europee all'attività sportiva, art. 165 TFUE, non applicabilità della giurisprudenza *Wouters/Meca-Medina/OTOC* alle restrizioni per oggetto) che la Corte di giustizia affronta in modo identico a quanto fatto nelle pronunce *Superlega* e *ISU*; dall'altro lato, vi sono temi rispetto ai quali la Corte di giustizia rimette al giudice belga del rinvio i maggiori compiti di accertamento, ancorché illustrando al giudice nazionale i fattori e le circostanze di cui dovrà tenere conto.

In primo luogo, con riferimento alla possibilità di considerare le regole adottate dall'UEFA e dalla Federcalcio belga (URBSFA) sui giocatori localmente formati restrittive della concorrenza "per oggetto", la Corte di giustizia evidenzia i seguenti aspetti:

a) tenuto conto della specificità dei "prodotti" che costituiscono, dal punto di vista economico, le competizioni sportive, le federazioni sportive sono legittimate ad adottare norme relative, tra l'altro, all'organizzazione delle competizioni, al loro corretto funzionamento e alla partecipazione degli atleti a tali competizioni;

b) le caratteristiche specifiche del calcio professionistico e delle attività economiche che danno luogo all'esercizio di tale sport suggeriscono di ritenere legittimo che associazioni come l'UEFA e l'URBSFA possano regolamentare anche le condizioni alle quali le società di calcio professionistiche possono comporre la rosa delle squadre partecipanti nelle competizioni tra club;

c) le reali condizioni che caratterizzano il funzionamento del mercato delle competizioni calcistiche professionistiche spiegano giustificano il fatto che le regole adottate dall'UEFA e dall'URBSFA relative all'organizzazione ed al corretto funzionamento delle competizioni, possono continuare a fare riferimento, su determinati punti e in una certa misura, anche a requisiti o criteri di natura nazionali. E ciò in quanto, dal punto di vista funzionale, tale sport è caratterizzato dalla coesistenza di competizioni tra club e di competizioni tra squadre rappresentative di federazioni calcistiche nazionali, la cui composizione può legittimamente essere soggetta al rispetto di "clausole di nazionalità" in ragione della natura specifica di tali partite;



d) per quanto riguarda il risultato che le norme sui giocatori localmente formati mirano oggettivamente a conseguire sotto il profilo della concorrenza, dalle dichiarazioni del giudice del rinvio risulta che tali norme limitano o controllano uno dei parametri essenziali della competizione economica tra le società di calcio professionistiche, vale a dire il reclutamento di giocatori di talento, qualunque sia la società o il luogo in cui sono stati formati, che possano consentire alla loro squadra di vincere nello scontro con la squadra avversaria. Tale limitazione, inoltre, appare suscettibile di incidere sulla concorrenza che i club possono esercitare, non solo nel mercato a monte, costituito dal reclutamento dei giocatori, ma anche nel mercato a valle, costituito dalle competizioni calcistiche tra club.

Sulla scorta di tali premesse, la Corte di giustizia invita il giudice del rinvio a stabilire se le regole in oggetto risultano, per loro stessa natura, sufficientemente pregiudizievoli per la concorrenza per poter essere qualificate come restrittive per oggetto. A tal fine, il giudice nazionale dovrà a) tenere conto se e in quale misura tali regole limitano l'accesso dei club di calcio professionistici alle risorse essenziali per il successo, vale a dire i giocatori già formati, imponendo loro di reclutare un numero minimo di giocatori formati a livello nazionale, a scapito della competizione transfrontaliera in cui potrebbero altrimenti impegnarsi reclutando giocatori formati all'interno di altre federazioni calcistiche nazionali; b) valutare il contesto economico e giuridico in cui si inseriscono le regole sui giocatori localmente formati unitamente alle caratteristiche specifiche del calcio, valutando, altresì, se l'adozione di tali norme abbia o meno l'obiettivo di limitare l'accesso dei club ai giocatori già formati, di compartimentare i mercati secondo i confini nazionali o di rendere più difficile la penetrazione dei mercati nazionali stabilendo una forma di "preferenza nazionale".

Con riferimento, invece, alla possibilità di sottrarre le regole sui giocatori localmente formati al divieto di cui all'art. 101, par. 1 TFUE attraverso l'applicazione dell'art. 101, par. 3 TFUE, la Corte di giustizia, dopo aver ricordato il contenuto delle quattro condizioni previste da tale norma e le modalità con cui nel singolo caso si deve dimostrare che tali condizioni sono soddisfatte, la Corte di giustizia svolge le seguenti considerazioni a vantaggio del giudice nazionale.

Con riferimento alla prima condizione, la Corte di giustizia sottolinea che le norme sui giocatori localmente formati possono incentivare le società calcistiche professionistiche ad assumere e formare giovani calciatori, e quindi ad intensificare la concorrenza attraverso la formazione. Ciò detto, tuttavia, occorre valutare l'effettività di tale incentivo, la portata degli incre-



menti di efficienza derivanti da tali norme in termini di formazione nonché la possibilità che tali incrementi di efficienza compensino gli svantaggi concorrenziali indotti da tali norme.

Con riferimento alla seconda condizione, invece, il giudice del rinvio è chiamato ad accertare se sul mercato principalmente interessato dalle regole in questione, vale a dire quello dell'ingaggio dei giocatori da parte delle società calcistiche, tali norme producono un effetto realmente favorevole non solo sui giocatori ma anche sull'insieme delle società nonché sugli spettatori e i telespettatori oppure se operino a vantaggio di alcune categorie soltanto di società e, al tempo stesso, a danno di altre.

Con riferimento alla terza condizione, il giudice del rinvio dovrà stabilire se misure alternative quali l'imposizione di requisiti di formazione dei giocatori ai fini della concessione di licenze alle società di calcio professionistiche, l'istituzione di meccanismi di finanziamento o incentivi finanziari rivolti, in particolare, ai club più piccoli, o un sistema di una compensazione diretta per i costi sostenuti dalle società di formazione, possano costituire, in conformità con il diritto dell'Unione europea, delle misure meno restrittive della concorrenza.

Infine, con riferimento alla quarta condizione, la Corte di giustizia sottolinea che il fattore determinante da considerare è rappresentato dal numero minimo di giocatori localmente formati da includere nel referto di gara, rispetto al numero totale di giocatori presenti su quel referto. La Corte di giustizia, inoltre, ricorda al giudice nazionale che tale raffronto deve essere effettuato confrontando, per quanto possibile, la situazione risultante dalle restrizioni della concorrenza di cui trattasi con quella che sarebbe la situazione sul mercato interessato se la concorrenza non fosse stata impedita, limitata o falsata su tale mercato a causa di quelle restrizioni senza, peraltro, attribuire alcuna rilevanza al fatto che le norme in questione si applicano a tutte le competizioni tra club disciplinate dall'UEFA e dall'URBSFA, nonché a tutte le società di calcio professionistiche e a tutti i giocatori che partecipano a tali competizioni non è determinante, posto che tale elemento è inerente all'esistenza stessa di associazioni dotate, in una determinata giurisdizione territoriale, di un potere regolamentare al quale sono soggette tutte le imprese associate e tutte le persone ad esse affiliate.

Sotto il profilo dell'art. 45 TFUE, invece, la Corte di giustizia mette in risalto che la regola dell'URBSFA sui giocatori localmente formati appare, *prima facie*, idonea a svantaggiare i calciatori professionisti che desiderano esercitare un'attività economica nel territorio di uno Stato membro (il Belgio) diverso dal loro Stato membro di origine, e che non soddisfano le condi-

zioni richieste da tale regola. Pur non essendo direttamente basata su un criterio di nazionalità o di residenza, infatti, tale regola si basa, tuttavia, su un collegamento di carattere espressamente “nazionale” sotto un duplice profilo: da un lato, tale regola definisce i giocatori localmente formati quelli che sono stati formati all’interno di un club “belga”; dall’altro lato, tale regola impone alle società di calcio professionistiche che intendono partecipare alle competizioni calcistiche tra club nell’ambito dell’URBSFA di iscrivere nella rosa dei loro giocatori, e di includere nel referto della partita, un numero minimo di giocatori che soddisfano le condizioni per essere ammessi a tale titolo. Da un punto di vista pratico, pertanto, la regola in questione limita la possibilità per i giocatori che non possono avvalersi di tale collegamento «nazionale» di essere inseriti nell’elenco dei giocatori di tali società e inseriti nel referto della partita, e quindi di essere schierati da tali società. Per tali motivi, la Corte di giustizia ritiene, *prima facie*, che la regola dell’URBSFA sui giocatori localmente formati viola il principio della libera circolazione dei lavoratori, impregiudicati i controlli che dovranno essere effettuati dal giudice nazionale del rinvio.

Per quanto riguarda, invece, l’esistenza di possibili giustificazioni la Corte di giustizia ricorda al giudice nazionale che:

a) tenuto conto sia della funzione sociale ed educativa dello sport, riconosciuta dall’art. 165 TFUE, sia, più in generale, della notevole importanza dello sport nell’Unione europea, l’obiettivo di favorire l’assunzione e la formazione di giovani professionisti calciatori costituisce un obiettivo legittimo di interesse pubblico;

b) un siffatto obiettivo può giustificare misure che, senza essere concepite in modo da garantire, in modo certo e quantificabile in anticipo, un aumento o un’intensificazione del reclutamento e della formazione di giovani calciatori, possono creare, comunque, reali e significativi incentivi in quella direzione;

c) nei limiti in cui norme la regola dell’URBSFA sui giocatori localmente formati impone alle società di calcio professionistiche che intendono partecipare alle competizioni calcistiche tra club disciplinate da tale associazione di iscrivere nell’elenco dei propri giocatori e di inserirne nel referto di gara un numero minimo dei giovani calciatori formati da una qualsiasi società facente capo a tale federazione, la sua idoneità a garantire il raggiungimento dello scopo di favorire l’assunzione e la formazione di giovani calciatori a livello locale deve essere valutata alla luce dei seguenti fattori:

i) ponendo sullo stesso piano tutti i giovani calciatori formati da una società affiliata alla federazione nazionale di calcio belga, la norma potrebbe

non costituire un reale e significativo incentivo per alcuni di questi club, in particolare quelli dotati di notevoli risorse finanziarie, ad ingaggiare giovani calciatori con l'obiettivo di formarli essi stessi. Infatti, una siffatta politica di reclutamento e di formazione, dal carattere costoso, dispendioso in termini di tempo ed incerto è posta sullo stesso piano del reclutamento di giovani calciatori già formati da qualsiasi altra società anch'essa affiliata a tale associazione, indipendentemente dall'ubicazione di tale altra società all'interno della competenza territoriale di tale associazione. Tuttavia, sono proprio gli investimenti locali nella formazione dei giovani calciatori, in particolare quando sono realizzati da piccoli club, eventualmente in partenariato con altri club della stessa regione e possibilmente con una dimensione transfrontaliera, che contribuiscono a realizzare gli obiettivi sottesi alla funzione sociale ed educativa dello sport;

ii) il carattere necessario e proporzionato della regola di cui trattasi e, in particolare, del numero minimo di giocatori localmente formati che devono essere iscritti nell'elenco dei giocatori del club e inclusi nel referto di gara rispetto al numero totale di giocatori che devono essere ivi inclusi.

La conclusione a cui giunge la Corte di giustizia, pertanto, è che l'art. 45 TFUE osta ad una regola come quella dell'URBSFA sui giocatori localmente formati, a meno che non sia accertato che tale regola siano idonea a garantire, in modo coerente e sistematico, il raggiungimento dell'obiettivo di incentivare, a livello locale, l'assunzione e la formazione di giovani calciatori professionisti, e che non vada oltre quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo.

7. In seguito alle tre pronunce del 21 dicembre 2023, soltanto la vicenda *ISU* può considerarsi definitivamente risolta, posto che tanto nella vicenda *Superlega* quanto nella vicenda *SA Royal Antwerp FC* si dovrà necessariamente attendere la definizione dei giudizi pendenti davanti ai giudici nazionali del rinvio ai quali, in ultima analisi, spetta il compito di stabilire se le regole sportive controverse soddisfino i requisiti previsti dall'art. 101, par. 3 TFUE o possono essere giustificate ai sensi dell'art. 45 TFUE.

Limitando l'analisi alle tre sentenze della Corte di giustizia, quattro sono gli aspetti maggiormente significativi.

In primo luogo, la riscoperta della nozione di regole puramente sportive, ancorché in nessuno dei tre casi le normative sportive contestate possono essere considerate delle regole puramente sportive.

In secondo luogo, l'interpretazione dell'art. 165 TFUE in chiave decisamente più ortodossa rispetto alle conclusioni dell'Avvocato generale Rantos.

In terzo luogo, la precisazione che la giurisprudenza *Wouters/Meca Medina/OTOC* non si applica agli accordi restrittivi “per oggetto”.

Infine, la possibilità/obbligo di disporre il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* da parte dell’organo giurisdizionale chiamato a verificare la compatibilità di un lodo arbitrale con le norme europee in materia di concorrenza quale condizione necessaria per garantire la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell’Unione europea e, di conseguenza, l’effettività di tale controllo giurisdizionale.

È certamente prematuro classificare le tre pronunce in rassegna come storiche. È altrettanto vero, peraltro, che tali sentenze e soprattutto taluni dei principi in esse sanciti vanno oltre i tre specifici casi esaminati dalla Corte di giustizia e forniscono spunti di riflessione rilevanti anche al di fuori dello specifico contesto sportivo.

**Abstract (ita)**

Le tre sentenze della Corte di giustizia del 21 dicembre 2023 nei casi *Superlega*, *ISU* e *SA Royal Antwerp FC* si segnalano sia per taluni aspetti strettamente connessi ai rapporti tra l'attività sportiva ed il diritto dell'Unione europea, sia per altri aspetti di rilevanza per il diritto dell'Unione europea considerato nel suo complesso. L'Autore offre una prima lettura di tali sentenze, mettendo in evidenza entrambi gli aspetti sopra ricordati, con riferimento sia alle norme in materia di concorrenza, sia alle norme in materia di libera circolazione.

**Abstract (eng)**

The three rulings of the Court of Justice dated 21 December 2023 in the *Superleague*, *ISU* and *SA Royal Antwerp FC* cases are notable both for certain aspects strictly connected to the relationship between sporting activity and European Union law, and for other aspects of relevance for European Union law considered as a whole. The Author offers a first reading of these sentences, focusing on both the abovementioned aspects in light of both the rules on competition and the rules on free movement.



## FINAL WHISTLE IN LUXEMBOURG? ROYAL ANTWERP AS YET ANOTHER REMINDER OF EU LAW'S DEMAND FOR BETTER SPORTS GOVERNANCE

Guido Bellenghi (Ph.D. researcher in EU Law at Maastricht University) and Mateus Correia de Carvalho (Ph.D. researcher in Law at the European University Institute) – 14 January 2024

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Background. – 3. The judgment. – 4. Football in EU law: special... but not too much. – 5. The singularity of the economic constitution. – 6. Conclusion or extra time?

1. Christmas 2023 will be remembered by EU lawyers for the remarkable series of judgments gifted by the Court of Justice of the European Union (“Court” or “CJEU”) on 21 December 2023. In particular, it will live long in the memory of sports *aficionados* due to the three judgments concerning the relation between EU law and sports governance in the *Superleague* (C-333/21), *I.S.U.* (C-124/21 P) and *Royal Antwerp* (C-680/21) cases.

Almost one year ago, a comment was published on this Blog concerning the Opinion of Advocate General (AG) Szpunar in the *Royal Antwerp* case (G. BELLENGHI, *The Ball Is in the EU's Court (Again): the Opinion of AG Szpunar in Royal Antwerp Football Club*, in *BlogDUE*, 2023). That post highlighted especially the relevance of this case for both (i) the interpretation of Article 165 TFEU that enshrines in the Treaties the promotion of European sporting issues as an objective of Union action and (ii) its implications for the application of the proportionality principle when analysing the compatibility of certain rules of European sporting associations with EU law. In this follow-up contribution, we critically analyse whether and how the CJEU addressed those two interconnected issues. Here, a disclaimer: this case had both a free movement and a competition law dimension, since the referring court doubted about the compatibility of certain sporting associations' rules with Articles 45 and 101 TFEU. However, this blogpost will mostly analyse the free movement component of the case, mirroring the scope of AG Szpunar's Opinion. Indeed, the AG had been asked by the CJEU to address solely the compatibility of certain UEFA (Union of European Football Associations) and URBSFA (Union Royale Belge des Sociétés de Football Association) rules on players' registration with the free movement of workers enshrined in Article 45 TFEU.



2. While for a more detailed description of the case facts and the AG Opinion we refer the reader to the abovementioned blogpost (G. BELLENGHI, *op. cit.*), it is sufficient here to recall some key points.

Regarding the facts, the *Royal Antwerp* case concerned a preliminary question on the compatibility with EU law of certain rules of UEFA and URBSFA prescribing specific limitations to the registration of squad lists. According to these rules, each club has to register in its squad list a minimum number of home-grown players (“HGPs”), that is, players who have been trained, for a minimum period before they reached a certain age, in the academy of the club itself or of another club affiliated to the same sporting association. For example, to put it simply, under the rules currently applicable for the season 2023/2024, the Belgian club Royal Antwerp F.C. has to register in its squad list for both Belgian and European interclub competitions a minimum of 8 players developed either in Royal Antwerp’s own academy or that of any other Belgian club (e.g., R.S.C. Anderlecht or R. Union Saint Gilloise).

At the core of the AG Opinion was the proportionality of the free movement restriction caused by HGP rules. The AG suggested that the Court declared the incompatibility of such rules with Article 45 TFEU. In his view, while those rules could be deemed to pursue legitimate aims – the training and recruitment of young players and improving the competitive balance of interclub competitions – they were however not suitable, and thus disproportionate, to achieve those objectives. Two elements of the AG’s reasoning were noteworthy, namely the role played by Article 165 TFEU and the assessment of the suitability of the controversial rules.

First, concerning Article 165 TFEU, the Opinion of AG Szpunar was in sharp contrast with the Opinion of AG Rantos in the *Superleague* case. Both AGs assessed how and to what extent that provision could be invoked to justify restrictions to competition and/or free movement. AG Szpunar stressed the specific character of Article 165 TFEU and its strictly vertical applicability, meaning that it cannot be invoked against the conduct of private entities and is instead directed at EU institutions. Since UEFA and URBSFA are not functionally comparable to an EU institution and do not exercise any competence outsourced to them by EU institutions, they cannot rely on Article 165 TFEU and the policy objectives enshrined therein as a “blank cheque” for justifying any restriction to the fundamental freedom enshrined in Article 45 TFEU. Conversely, AG Rantos insisted on the horizontal nature of Article 165 TFEU, deemed as an interpretative tool for other Treaty provisions and an objective to consider when implementing all

EU policies. Furthermore, he argued that that Article embedded a constitutional recognition of a set of principles constituting the “European Sports Model”. In such a scheme, sporting associations play a key organisational role, structuring competitions and ensuring compliance with their respective rules. As a corollary, and unlike AG Szpunar, AG Rantos submitted that the fact that the aims pursued by UEFA rules coincided with the objectives of Article 165 TFEU automatically entailed their legitimacy from an EU law perspective. Consequently, and applying the ancillary restraints doctrine (see Case C-309/99, *Wouters and Others*), this led to the exclusion of UEFA rules from the scope of Article 101(1) TFEU.

Second, AG Szpunar drastically ruled out the suitability of HGP rules insofar as they included in the definition of “HGPs” also players trained by another club affiliated to the same sporting association. In particular, the AG considered that the fact that a club could “buy” HGP players from other clubs of the same association frustrated the objective of encouraging the training of young players by the clubs themselves. Nor would this have contributed to pursuing the objective of improving the competitive balance in interclub competitions.

3. These two controversial legal issues are finally addressed by the Court in its judgment.

First, the long-awaited clarifications on the meaning and scope of Article 165 TFEU arrive at paras 63 to 75, which reproduce the same wording used in the corresponding part of the *Superleague* ruling (*Superleague*, paras 95-197). The Court sides with AG Szpunar, thereby fully dismissing AG Rantos’ position: it holds that, while EU institutions should take into account the objectives listed in Article 165 TFEU when adopting sports promotion measures, that provision is not of cross-cutting and general nature (para. 68). Therefore, it must not “be regarded as [...] a special rule exempting sport from all or some of the other provisions of primary EU law liable to be applied to it or requiring special treatment for sport in the context of that application” (para. 69).

After this much-welcome elucidation, the Court addresses the subsequent question of what would then be the role played by Article 165 TFEU in the proportionality assessment of the rules in question. In that respect, the judges reject the argument that the objectives listed in Article 165 TFEU constitute in themselves overriding reasons in the public interest able to justify a restriction to free movement. In other words, the fact that the EU is committed to the development of sports “by promoting fairness and open-

ness in sporting competitions” and “by protecting [...] especially the youngest sportsmen and sportswomen” (Article 165(2) TFEU) does not mean that any rule which aims at fostering interclub competition or incentivising the training of young players will be automatically considered as pursuing a legitimate objective within the framework of Article 45 TFEU. Instead, the question of whether certain rules imposed by sporting associations illegally restrict free movement has to be analysed by the national referring court on a case-by-case basis, taking into account “the specific characteristics of the sport concerned” (para. 74). Such characteristics are non-exhaustively exemplified as “the nature, organisation or functioning of the sport concerned and, more specifically, how professionalised it is, the manner in which it is practised, the manner of interaction between the various participating stakeholders and the role played by the structures and bodies responsible for it at all levels” (para. 73). Consistently, the Court will then refer to Article 165 TFEU as one specific *but not in itself conclusive* indicator of the legitimacy of the aims pursued by HGP rules (para. 144). Finally, it is within this analysis of Article 165 TFEU that we find a first bridge built by the Court between free movement and competition rules, for the same parameters may allow the characterisation of a rule as either an obstacle to free movement or a restriction of competition (para. 73).

In the free movement section of the ruling, the Court further elaborates on the factors to be taken into account when analysing the proportionality of HGP rules. In this respect, the Court’s ruling seems less drastic than AG Szpunar’s Opinion. Like the AG, the Court does not hide its general scepticism about the suitability of HGP rules (para. 147). Yet, the judges highlight that it is ultimately for the sporting associations in question to demonstrate, before the referring national court, that their rules are suitable to pursue a legitimate and non-purely economic objective in the public interest and that they “genuinely reflect a concern to attain it in a consistent and systematic manner” (para. 141). The national court, in turn, will have to consider all relevant factors, and in particular whether the HGP rules in question *(i)* constitute real and significant incentives for all clubs, *(ii)* take into account the costly, time-consuming and uncertain nature of recruitment and training policies and *(iii)* foster local investment, where appropriate through interclub partnerships and possibly with a cross-border dimension (para. 147). It is precisely at this stage that the Court builds a second bridge between free movement and competition rules: the necessity and proportionality of the restriction of free movement under Article 45 TFEU have to be

gauged in accordance with the proportionality assessment carried out within the framework of Article 101(3) TFEU (para. 148).

Finally, the Court makes an important clarification that can be decisive in appraising the proportionality of HGP rules: those can be justified even if it cannot be quantifiably demonstrated that they lead to an increase of the recruitment and training of young players. On the contrary, it could suffice that they create “real and significant incentives in that direction” (para. 145).

4. In clarifying the limited reach of Article 165 TFEU, the Court abruptly extinguishes the hopes of those who were hoping to find in that provision a shield against the disruption of the current European football model or, at least, some form of safety valve vis-à-vis football governance liberalisation. In that sense, the ruling fits easily within the line of the *Bosman* jurisprudence (Case C-415/93, *Bosman*; see A. DUVAL, B. VAN ROMPUY, *The Legacy of Bosman*, The Hague, 2017), which affirmed EU law as an effective tool of scrutiny of the football rules set by sport governing bodies and thus forced the latter to engage in a continuous “dialogue” with EU institutions.

With its judgment, the Court makes clear that there is no direct equation between the objectives of EU supporting action under Article 165 TFEU and the legitimacy of the aims pursued by the rules of private sporting associations. Yet, concerning the full set of possible legitimate aims pursued by HGP rules, it remains unclear why the aims considered have been gradually narrowed down throughout the case. Indeed, AG Szpunar initially referred to three possible overriding reasons in the public interest, namely (i) encouraging the training and recruitment of young players, (ii) improving the competitive balance of interclub competitions, and (iii) protecting young players and their education from disruptions in their social and family environment. Nevertheless, the legal analysis of the AG only focused on reasons (i) and (ii). Even more curiously, the Court further ignores reason (ii) so that it only gives indications for the assessment of the proportionality of HGP rules in light of the aim of encouraging the training of young players. It would have been interesting to see whether the CJEU considers the other aims as possible legitimate objectives and, if so, whether it would indicate different parameters when providing guidance on the related proportionality assessment in light of reasons (ii) and (iii).

Turning to the proportionality test, the approach of the Court is commendable. It is legitimate, we argue, that the Court shows its general scepticism about the outcome of a proportionality assessment. Nevertheless, it remains crucial that the Court confines itself to providing guidelines on how

to carry out that proportionality test rather than de facto carrying it out, as often happens. In doing so, the Court reaffirms that the assessment of the suitability of a rule is, in principle, a matter of fact, to be ascertained by national courts. In the absence of sufficient evidence, the broadest possible range of factors should be taken into consideration before concluding for the (non-)suitability of a measure. This is what the referring court will now be able to do, in light of the CJEU's judgment and, crucially, the factual evidence put forward by the sporting associations concerned. In essence, regardless of whether one agrees with the current design of HGP rules, the judicial approach taken by the Court is methodologically sound.

So what future now for HGP rules? It is still too soon to tell, and, to borrow yet another football term, the ball is now with the referring Belgian court. What is made clear by the CJEU is that the burden of proof to demonstrate the proportionality (and especially the suitability) of these rules falls upon UEFA and URBSFA. The task of discharging that burden of proof was made manageable by the Court: sporting associations must merely prove the suitability of their HGP rules by demonstrating that they create "real and significant incentives" for the training of young players. Thus, the legal discussion on suitability calls crucially for empirical evidence. A previous European Commission study on the effects of HGP rules was inconclusive on this point, citing the lack of available data due to the recency of those rules (M. DALZIEL AND OTHERS, *Study on the Assessment of UEFA's 'Home Grown Player Rule*, European Commission, 2013). That study was however carried out in 2013 and, a decade later, it is high time to carry out such an analysis. Otherwise, any reasoning on the suitability and overall proportionality of HGP rules risks being reduced to abstract conjectures.

Can it really be said, for example, that, in the absence of HGP rules for clubs' first teams, "[t]alented club-trained young players will make their way [from academies] to A-teams on the basis of merit" (R. HOUBEN, S. PETROVI, *The State of Football Governance -Advocate General Szpunar Paves the Way for a Critical Assessment of the Status Quo*, in *Asser International Sports Law Blog*, 2023)? Such a view, we argue, does not sufficiently consider the countless factors upon which the ascension of a young football player depends. These include, for example, coaches' preferences, positional needs of the first team, and the myriad technical, physical and psychological elements that can delay or even impede the maturity of a young player. Take, for instance, Bernardo Silva, Manchester City's top-class midfielder, who left S.L. Benfica, his original club, after having almost never played for

the first team (D. HYTNER, *‘I’m Built This Way’: Bernardo Silva’s Total Vision Shaped by Benfica Rejection*, in *The Guardian*, 2023).

Similarly, the claim that allowing clubs to also register as HGPs those players trained in other clubs of the same association distorts interclub competition and disincentivises clubs to train their own youngsters cannot be taken for granted. The competitiveness of the football systems of several European countries, such as Portugal or the Netherlands, mostly depends on the development of young players and that is achieved by both recruiting and training them. What is more, players will often be developed by a club in its academy *after* being recruited. Over time, some of them will also leave to play for other clubs. Teams like Sporting C.P., AZ Alkmaar, Atalanta B.C. or Borussia Dortmund are, across the EU, living proof that the local training of young players may well be compatible with the recruitment of other youngsters, thereby contributing to the social and educational function of football.

5. In more than one point of its ruling, the Court draws a fascinating connection between competition and free movement rules. A tale as old as time, the complementarity between these two legal branches of the internal market has very recently re-emerged in the EU law discourse (EDITORIAL, *Missing in Action? Competition Law as Part of the Internal Market*, in *Common Market Law Review*, 2023, p. 1503 ff.). On the one hand, a bridge between competition and free movement promotes the singularity of the EU economic constitution (J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford, 2002) and must in that sense be welcomed from a theoretical perspective. This is, to a certain extent, coherent with the Treaty design, where the dividing line between the two branches is more blurred than in practice – think for instance of Articles 114-116 TFEU, which do not distinguish between market and competition distortions (Case C-376/98 *Germany v Parliament and Council*, para. 84). On the other hand, it cannot be ignored that the practices of competition and free movement laws significantly diverge, and so do the types of competences – exclusive and shared respectively – associated with them in the TFEU. It is surprising, furthermore, that this attempt at reconciling competition and free movement occurs within the framework of proportionality. The latter is, in fact, a *polytropon* principle, arguably emblematic of the unresolved points of inconsistency within EU law (T. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *European Law Journal*, 2010, p. 95 ff.). In sum, we argue, efforts to achieve



consistency across internal market law, understood as encompassing both competition and free movement rules, make sense in so far as they occur within a broader tendency towards convergence. Otherwise, isolated and unsystematic action will only result in an even more fragmented legal landscape.

6. Referees bring football matches to an end with three long whistles. If the *Superleague* and *Royal Antwerp* rulings are the first two, the third whistle for FIFA and UEFA might be on its way in the pending case *FIFA* (C-650/22), concerning the compatibility with Articles 45 and 101 TFEU of certain rules on players' transfers. The question is thus whether FIFA and UEFA will have access to extra time to reform their competitive organisational model or have instead lost their match.

The judgments at stake do not seem to open the gates for new, revolutionised models of football governance, such as, for instance, those based on uncontrolled breakaway leagues (for a more nuanced position, see S. WEATHERHILL, *Football Revolution: How Do the Court's Rulings of 21 December 2023 Affect UEFA's Role as a "Gatekeeper"?*, in *EU Law Analysis*, 2024). Instead, they point out the incompatibility with EU law of any arbitrary and inconsistent approach to football organisation.

Article 165 TFEU recognises the specificities of sports and that may well justify a cautious take on football cases concerning Article 45 TFEU and beyond. After all, as AG Szpunar puts it, "[n]obody wants boring football, which is why some restrictions to this fundamental provision can [...] be accepted" (Opinion in *Royal Antwerp*, para. 3). Yet, such specificities are not enough to allow blank derogations from the EU economic constitution, understood as the Treaty framework governing competition and free movement. This is only logic when one considers the centrality – recognised in actually horizontal provisions – of democracy and transparency in the EU Treaties. Evidently, the models proposed by FIFA and UEFA over the past decades lack overall objectivity and consistency and warrant reform. In this respect, these judgments are yet another reminder for these organisations to "comply with principles of good governance and forms of democratic accountability" (M. POIARES MADURO, *Is the Superleague Judgment a Game Changer?*, in *Europa Felix*, 2023).

Granted, the merely ancillary sport competence enshrined in Article 165 TFEU is a considerable obstacle to any Union's direct regulatory intervention (on the need to re-regulate the European Sports Model, see M. MOTA DELGADO, *The European Game*, in *verfassungsblog.de*, 2024). Never-



theless, the understanding of the European Sports Model highlighted by the CJEU as a model based on genuine fairness, openness and cooperation could be the starting point for the rehabilitation of European sporting associations. Rules concerning not only squad lists' requirements but also, for instance, financial limitations can be beneficial to protect European football, provided that their design and enforcement are open to public scrutiny and other serious forms of democratic legitimation (F. DE WITTE, J. ZGLINSKI, *The Idea of Europe in Football*, in *European Law Open*, 2022, p. 286 ff.). And there, we argue, courts should also keep "playing the game". If anything, that is the positive effect of a judgment like *Royal Antwerp*: it forces sport governing bodies to interact with EU law once again and submit their rules to independent (judicial) scrutiny. This can ultimately kickstart the overall improvement of the European sports governance model. One where rules are demonstrably correct, proportionate and in the public interest; and not simply assumed to be so.

**Abstract (ita)**

Il contributo analizza la sentenza della Corte di giustizia nel caso C-680/21, *Royal Antwerp*, focalizzandosi sull'interazione tra sport *governance* e diritto dell'Unione europea, con particolare attenzione alle norme sulla libera circolazione. In particolare, il caso offre spunti di riflessione su due aspetti giuridici strettamente interconnessi. Innanzitutto, sulla portata normativa dell'articolo 165 del TFUE, e in secondo luogo, sull'applicazione del principio di proporzionalità, anche al di là dell'ambito sportivo. La sentenza della Corte enfatizza ancora una volta la necessità di un miglioramento della governance dello sport europeo, da attuarsi mediante un rafforzamento della sua legittimazione democratica.

**Abstract (eng)**

This contribution analyses the judgment of the Court of Justice in Case C-680/21, *Royal Antwerp*. It focuses on the interaction between sports governance and EU law, considering especially free movement rules. Two interconnected aspects are discussed. First, the Court's clarification on the scope and meaning of Article 165 TFEU, and second, the application of the principle of proportionality in sports cases and beyond. It is argued that the ruling calls for an improvement of sports governance based on the enhancement of its democratic legitimation.

THE DAY AFTER THE COFOE (ACT II):  
THE EU TREATY REVISION  
AT THE MERCY OF ENLARGEMENT?

Ève Buland, Anna Fiorentini (Dottorande di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università Alma Mater Studiorum di Bologna) – 5 aprile 2024

SUMMARY: 1. Introduction: The EU institutions seem to be unable to agree eye (yet again). – 2. The European Commission, the Council and the European Council on the widening side. – 3. The European Parliament on the deepening side: begging for a (too?) heavy revision. – 4. Concluding remarks.

1. Only a few months before the end of the Conference on the Future of Europe ('CoFoE') on 9 May 2022, we wondered in a paper published on this Blog whether a revision of the Treaties was possible (A. FIORENTINI, È. BULAND, *The day after the CoFoE: is the EU ready for a revision of the Treaty?*, in this *Blog*, January 2022). In trying to answer this question, we concluded that much would depend on the ability and willingness of the European institutions to find a common ground between their positions, especially between that of the European Parliament (EP), which is in favour of revising the Treaties, and that of the Council, which is reluctant to embark on such a path. After two years, this conclusion seems to have been confirmed.

Rather than narrowing the gap between the positions of the European institutions at the end of the CoFoE, it has been pointed out that the latter was "overshadowed by interinstitutional rivalry and its conclusions have not shaken up the EU agenda" (Report of the Franco-German working group on EU institutional reform, *Sailing on High Seas: Reforming and Enlarging the EU for the 21 Century*, Paris-Berlin, 18 September 2023, cit. p. 25). Although the EU institutions were asked to ensure "effective follow-up" to the final report of the CoFoE, the conclusions of the European Council of 23-24 June 2022 quickly change the topic and focus mainly on the question of welcoming new members to the "EU family". Indeed, the changed geopolitical context, resulting from Russia's invasion of Ukraine has diverted attention away from the CoFoE, thereby exacerbating the differences between the institutions' positions. In particular, the divisive issue of enlargement has been brought to the table, along with the topic of "differentiated integration", which had already begun to resurface shortly after the Brexit crisis (see B. DE WITTE, *An Undivided Union? Differentiated Integration in Post-Brexit Times*, in *Common Market Law Review*, vol. 55, 2018, pp. 227-250; M. KEN-

DRICK, *Brexit the Ultimate Opt-out: Learning the Lessons on Differentiated Integration*, in *europeanpapers.eu*, vol. 7, 2022, pp. 1211-1227).

Therefore, as in the past, the EU institutions are now faced with a priority dilemma: whether to allow new States to join (widening) or to foster greater integration among the current Member States (deepening).

The paper will show that while the Commission, the Council and the European Council consider enlargement to be a priority (section 2), the European Parliament continues to favour a revision of the Treaties. The Parliament believes that changes to the existing institutional framework are necessary, regardless of the enlargement perspective, in order to equip the Union with the proper operating rules to ensure both its present and future functioning and to promote its development (section 3).

2. Following recent geopolitical events, opportunities for Treaty reform appear to have – at least for the time being – faded from the agendas of the Commission, the Council and the European Council. The focus has shifted towards enlargement, which is once again playing the role of a “constitutional agenda-setter” (B. DE WITTE, *The Impact of Enlargement on the Constitution of the European Union*, in M. CREMONA (ed.), *The Enlargement of the European Union*, Oxford, 2003, p. 209).

In the State of the Union address of the 13 September 2023, the Commission clearly stated that “we cannot – and we should not – wait for Treaty change to move ahead with enlargement”. A month later, however, the Commission’s work programme for 2024 was issued, stressing not only the need for candidate States to be ready, but also the necessity to take stock of the so-called “EU absorption capacity” through an analysis of “how each policy would be affected by a larger Union and how the European institutions would work” (p. 3). This has been recently reaffirmed in the Communication on pre-enlargement reforms and policy reviews, where the Commission identified some of the measures needed to “reconcile the opportunities of a larger Union with the challenges it poses” in terms of values, policies, budget and governance (p. 2). Regarding a potential revision of the Treaties, the Commission still considers it marginal issue and suggests using *passerelle* clauses to resolve any deadlocks in the functioning of the decision-making mechanisms (p. 19). Moreover, the Commission views enlargement as a means of enhancing internal policies, such as the environment, while being vague on constitutional reform (p. 9).

On 8 November 2023, the Commission adopted its Communication on the EU Enlargement Policy. In its Enlargement Package, the Commission

recommended that accession negotiations be opened with Ukraine and the Republic of Moldova, as well as with Bosnia and Herzegovina, provided the necessary measures are in place, and that candidate status be granted to Georgia, once compliance with the accession criteria is achieved.

The Commission's Package has been subsequently endorsed by the Council. In its Conclusions of 12 December 2023, the Council did not explicitly mention a Treaty revision. However, it still agreed with the Commission's idea that both the aspiring countries and the EU must be ready at the time of accession, thus reaffirming the need that the Union "lay down the necessary internal groundwork and reforms". There were no indications of what the EU's long-term ambitions should be, or how it would achieve them. On the contrary, much clearer words have been spent on the enlargement's scenario, which is specifically defined as a "strategic priority" that the Council would pursue in its "full and unequivocal commitment to the EU membership perspective of the Western Balkans, Ukraine, Moldova and Georgia".

Finally, confirming what had already been stated at the informal meeting in Granada in October 2023 among the Heads of State or Government of the Member States, the European Council embraced the same path traced by the Council. With the enlargement of the Union being considered not just a priority, but a matter of fact, attention to the Treaty revision is minimal. While acknowledging the importance of ensuring that Union policies are sustainable and future-proof, so that the European integration process can be successfully pursued, the European Council only mentions future meetings dedicated to addressing internal reforms. The objective has recently been reaffirmed in its latest Conclusions of 22 March 2024 (para. IV).

A different outcome could hardly have been expected, given the European Council's commitment, expressed in December 2022, to grant candidate status to Ukraine and the Republic of Moldova and to open accession negotiations with them, as well as to accord candidate status to Georgia, and to start negotiations with Bosnia and Herzegovina. Just one year later, on 14 December 2023, the European Council gave the green light, by consensus, to the negotiations with Ukraine and Moldova and granted candidate status to Georgia, Bosnia and Herzegovina, Serbia, Montenegro, North Macedonia and Albania. Kosovo remains an aspiring state and Türkiye's candidacy still appears to be distant.

The current historical circumstances lead the Commission, the Council and the European Council to align their positions and work in synergy. The failure of a good neighbourhood policy with Russia and the transformed ge-

opolitical context have brought the issue of enlargement back to the centre of the Union's priorities. This comes after a period of apparent stagnation after the great enlargement of 2004. At that time, the decision to widen Europe's borders to new States was largely influenced by the dismantling of the Iron Curtain and the fall of the Berlin wall (M. CREMONA (ed.), *op. cit.*, p. 2). Today, the Union's priorities are set by the Russian-Ukrainian and Israeli-Palestinian conflicts. For many Member States, enlargement represents a valuable foreign policy tool to counter the Kremlin's ambitions on the European continent, increase the Union's negotiating power in international agreements, and avoid being squeezed between China and the United States. Enlargement is also seen as a way to promote the spread of European integration throughout the continent, exporting our values to third countries, according to the so-called "Brussels effect" (A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020).

While it is true that the ongoing crises affecting the Union call for its strengthening as a global actor, one cannot ignore the reasons why, after the great enlargement of 2004, enthusiasm for accession by new Member States has waned ("enlargement fatigue": R. BALFOUR, C. STRATULAT, *The Enlargement of the European Union*, Discussion Paper, European Policy Centre, 10 December 2012, pp. 1-8, cit. p. 1). Widening implies increased heterogeneity within the Union, it means greater economic and political diversity, which makes unanimity more difficult to achieve for constitutional decisions, such as the accession of new States or the Treaty change (*see below*).

Evident differences already exist between Member States, which often lead to a paralysis of the functioning of the institutions, as was recently the case in the European Council.

If achieving unanimity is currently a challenge, it will be even more difficult when moving from a Union of 27 to a Union of 30+, especially considering the existing tensions among some of the present Member States with some of the aspiring States. Suffice it to mention the wheat war between Poland and Ukraine, the tensions between the latter and Hungary due to the presence of an important Hungarian minority on Ukrainian territory. Moreover, many Member States have expressed concerns about the Ukrainian oligarchs' respect for the rule of law, similar to the doubts that have already been raised with regard to Poland and Hungary (E. PERILLO, *Il rispetto dello "Stato di diritto europeo" alla luce delle sentenze Ungheria e Polonia sulla clausola di condizionalità finanziaria. Quali prospettive?*, in this *Blog*, March 2022). Similar concerns arise regarding Serbia, which has

a historical connection with Russia, and Bosnia-Herzegovina, suffering from a particularly unstable political situation.

The decision to allow new States to join the Union, even when there are doubts about their adherence to the Union's founding values of the Union, is not the only issue. The fast-track procedure is also problematic. As is well known, EU membership is achieved through a meritocratic procedure in which each applicant is assessed on its own merits in meeting explicit membership criteria (or Copenhagen criteria), constitutionalised by the Treaty of Amsterdam in Art. 49 TEU (see M. VELLANO, *Art. 49 TUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., Padua, 2014, p. 147 ss.).

More recently, in its conclusions on enlargement of 13 December 2022, the Council emphasised that the accession process must be based on fair and rigorous (positive and negative) conditionality, the principle of own merits and reversibility. Aspiring members are asked to establish fundamental reforms, especially in promoting the values upon which the EU is founded (Art. 2 TEU), including the rule of law and fundamental rights (e.g., rights of persons belonging to minorities, gender equality and freedom of expression). The functioning and independence of democratic institutions, public administration, and economic criteria are also key benchmarks used to evaluate progress towards EU membership.

Verifying the above-mentioned criteria requires a "step by step" rather than "big bang" accession process (M. CREMONA (ed.), *op. cit.*, p. 5) to ensure that past errors are not repeated. Consider, for example, the great enlargement of 2004, which saw 10 Eastern European countries, including Poland and Hungary, join at once. Tightening the timeframe for new States' accession appears risky for several reasons. Among these concerns is the potential prejudice to the mutual trust that should exist between the Member States in relation to the recognition of the values of Art. 2 TEU and the respect for Union law, with negative effects for the integration process itself (F. CASOLARI, *L'Ucraina e la (difficile) prospettiva europea*, in this *Blog*, March 2022, pp. 6-7). In addition, the implementation of an accelerated procedure, not provided for in Art. 49 TEU, fuels the idea that, contrary to Art. 4, para. 2, TEU, not all Member States are equal (L. S. ROSSI, F. CASOLARI, *The Principle of Equality Among Member States of the European Union*, Berlin, 2017; F. CASOLARI, *Equality of States and Mutual Membership in European Union Law: Contemporary Reflections*, in D. AMOROSO et al. (eds.), *More Equal than Others?*, The Hague, p. 43).

Finally, a lengthy period of time before the entry of new States is crucial



not only to check that these States comply with the *acquis communautaire*, but also to allow the Union to maintain and deepen its own development, including its ability to integrate new members, as envisaged by the conclusions of the Copenhagen European Council in 1993 and the new accession methodology developed by the European Council in 2020. According to M. Maresceau, the weak element of the Union's pre-accession strategy is the "fourth Copenhagen condition" (M. MARESCEAU, *Pre-accession*, in M. CREMONA, *op. cit.*, pp. 9-42).

3. The European Parliament shares the concerns about the geopolitical context and agrees on the benefits of an enlarged Union. However, it remains committed to providing a follow-up of the CoFoE. The EP recognizes that enlargement is a "very strong tool at the EU's disposal to protect and promote peace, security, stability, cooperation and democratic values on the European continent". Nevertheless, it expresses serious caveats about the soundness of the European integration process, arguing that a reform is not only essential for the viability of a potential enlarged Union, but "is already needed in the current composition of the EU" (European Parliament resolution of 13 December 2023 on 30 years of Copenhagen criteria – giving further impetus to EU enlargement policy).

In hindsight, such a statement is not surprising. Very soon after its adoption, the literature identified several weaknesses in the Lisbon Treaty that allowed some unresolved issues to persist. Someone, as the voice of Cassandra, warned of its inability to deal adequately with multifaceted crises and already called for a timely revision of its provisions (L. S. ROSSI, *A New Revision of the EU Treaties After Lisbon?* in L. S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *The EU After Lisbon. Amending or Coping with the Existing Treaties?*, Berlin, 2014, pp. 3-19). In order to enhance the credibility and legitimacy of the integration process, it has become essential to strengthen democratic tools, due to the pervasive scope of application of EU law in citizens' everyday lives (E. TRIGGIANI, *Futuro dell'Unione e coscienza politica europea*, in VV.AA., *Quaderni AISDUE*, fasc. speciale n. 1, Naples, 2024, pp. 1-16).

A few months after the end of the CoFoE, the EP triggered Art. 48 TEU. In November 2023, it presented a more detailed resolution setting out the changes it deemed indispensable to "reshape the Union in a way that will enhance its capacity to act, as well as its democratic legitimacy and accountability". The EP's proposed reform is rather extensive, with 245 amendments to the existing Treaties addressing numerous and heterogeneous issues (see A. DUFF, *Raising the Stakes on Constitutional Reform: The*

*European Parliament Triggers Treaty Change, Discussion Paper*, European Policy Centre, 6 March 2023).

In short, the EP's proposals can be classified into three categories: i) those seeking to shift the institutional balance, such as extension of the qualified majority voting ('QMV') and the ordinary legislative procedure ('OLP'), composition and functioning of the EU institutions; ii) those aimed at reinforcing the core values of the Union; and iii) those related to changes in the system of competences, either through a recategorization or an expansion of the EU's powers (*Editorial comments*, in *Common Market Law Review*, vol. 59, 2022, in part. p. 1587). As it was expected, these categories coincide with those identified earlier with regard to the final report of the CoFoE (L. LIONELLO, *Gli esiti della Conferenza sul futuro dell'Europa e le prospettive di revisione dei Trattati*, in this *Blog*, in part. p. 4).

The EP's deepening perspective can be inferred in particular from its clear will to enhance the EU competences (both in their internal and external dimensions, *see e.g.* Amendments Nos. 3-8; 44, 46, 48, 50-58, 60, 69-83...) and by the fact that some of them belong to areas that are of special interest of the Member States, since they concern their budgetary organization or constitutional identity (e.g., healthcare systems, animal welfare, cultural diversity, *see below*).

Some of the EU's general or sectoral objectives have been revised to require a broader intervention at the supranational level. For instance, the EU's action on diversity would no longer be limited to "respecting" its "rich cultural and linguistic diversity", but would now imply *promoting* and *guaranteeing* it (*see* Amendments Nos. 6 and 144). The EP's proposal also strengthens environmental policy, with Amendment Nos. 4 and 83 modifying Arts. 3, para. 3, TEU and 11 TFEU to explicitly mention the fight against climate change and the safeguarding of biodiversity, in addition to Amendments Nos. 155-159, which clarify and broaden the above-mentioned policy's goals and principles.

As for the EU's health policy, it has not only had its objectives specified, but has benefited from a reallocation of the shared competences in order to equip the EU with sharper tools for a wider intervention (Amendments Nos. 70, 77, 147-151). For further examples of policies which have been relocated to different categories of competence, *see* Amendments Nos. 73, 74, 75, 76, 79). Most of the changes, especially concerning civil protection, industry, and health, are the result of the lessons learnt during the Covid-19 pandemic (*see* G. DI FEDERICO, *L'assistenza sanitaria transfrontaliera alla prova della pandemia*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Europa 2020*, Padua, 2021,

pp. 63-83; N. DE GROVE VALDEYRON, M. BLANQUET, *D'une vague à l'autre. La compétence de l'Union vis-à-vis des menaces transfrontières graves de santé publique à l'épreuve et à l'école de la Covid-19*, in E. DUBOUT, F. PICOD (dirs.), *Coronavirus et droit de l'Union européenne*, Brussels, 2021, pp. 29-83; F. CASOLARI, *The EU Approach towards Disaster Management. A Critical Appraisal in the Light of the Action Put in Place to Face the COVID-19 Pandemic*, in *Yearbook of International Disaster Law*, vol. 4, n. 1, 2023, pp. 51-69).

In light of the above, it seems clear that the current mindset differs from the one that guided the previous Treaty revision(s) (e.g., the content of the TECE was largely copied and pasted into the Lisbon Treaty), which aimed, above all, at limiting undue supranational interventions by clarifying the division of competences and advocating a more rigorous use of those general Treaty provisions that facilitate or support it (Laeken Declaration on the future of the European Union, 15 December 2001). However, opening up the floodgates of EU powers, and formally rationalising the legislative process would be the best way to make the EU system more democratic.

As S. Garben puts it, this would prevent “parallel integration”, which in her view “combines the worst of all worlds” and is “the least legitimate form of competence creep”, as well as the impossibility for the EU legislator to fill in the holes left by negative integration through “re-regulation” (S. GARBEN, *From sneaking to striding: Combatting Competence Creep and Consolidating the EU Legislative Process*, in *European Law Journal*, vol. 26, nn. 5-6, 2020, pp. 429-447).

Furthermore, the proposals put forward by the EP would have a – positive – side effect of codifying part of the legislator’s practice. This would shed light on the role that the EU *actually* plays and provide more transparency and intelligibility for EU citizens. For example, it would take stock of the EU pervasive intervention in the field of health, which has been gradually achieved through the combined use of Arts. 114, paras 1-3, and 9 TFEU (G. DI FEDERICO, S. NEGRI, *Unione europea e salute. Principi, azioni, diritti e sicurezza*, Padua, 2019) as well as its involvement in wildlife protection, although the latter is never explicitly mentioned in Art. 191, para. 1, TFEU (P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, 2ème édition, Brussels, 2011, in part. pp. 344-366).

Although there have been criticisms of the legal framework for animal welfare (F. MARCHADIER, *La protection du bien-être de l'animal par l'Union européenne*, in *RTDEur*, 2018, p. 251 ss.; A. ADINOLFI, *Il trattamento degli animali nel diritto dell'Unione europea tra interessi commerciali, protezione ambientale e “benessere”*: verso lo sviluppo di valori condivisi?, in VV.AA.,

*Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, vol. 1, Padua, 2016, pp. 19-44) and calls from EU citizens for greater supranational intervention in this field (A. FIORENTINI, *È. BULAND*, *op. cit.*, in part. p. 4; CoFoE Report on the final outcome proposals n. 1, 7, 30), it is difficult to discern any attempt to either clarify or extend the EU competence.

Instead of addressing the shortcomings of Art. 13 TFEU or including animal welfare among the general objectives of Art. 3 TEU, the EP proposes to add animal welfare to the areas listed in Art. 168, para. 4, lett. b), TFEU (*see* Amendment No. 148). The added value of this innovation remains to be seen, as Art. 168, para. 4, lett. b), TFEU already allows the legislator to adopt harmonisation measures in the “veterinary” field, provided that these measures have “as their direct objective the protection of public health”. Not only does Amendment No. 148 maintain this requirement, but the formulas about animal health and the “One Health approach”, enclosed in Amendments Nos. 70 and 147, are too nebulous to imagine using Art. 168, para. 4, lett. b), TFEU to protect animals as sentient beings.

As far as the protection of animals remains contingent on their role in ensuring public health and safety, it is difficult to consider the new version of the above-mentioned provision as the consecration of an *ad hoc* legal basis that would enable the EU legislator to carry on a comprehensive and coherent action in the field of animal welfare (on the necessity to opt for a specific legal basis in matter of animal welfare, *see*: V. BOUHIER, *Le difficile développement des compétences de l’Union européenne dans le domaine du bien-être des animaux*, in N. MAILLARD, X. PERROT (dirs.), *Ad bestias. Regards sur le droit animalier*, Ferrara, 2023, pp. 288-296; C. VIAL, F. PICOD, *L’animal en droit européen*, in *Revue des affaires européennes*, n. 1, 2017, pp. 7-12). Even if the EP proposal falls short of fully enhancing the growing value of animal welfare (ECJ, 17 December 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, Case C-336/19), it still contributes to promoting common interests and echoes the “serio ripensamento” hoped for by G. Tesauro (G. TESAURO, *Una nuova revisione dei Trattati dell’Unione per conservare i valori del passato*, in *I Post di AISDUE*, 2021, cit. p. 8).

The strengthening of the European policies goes hand by hand with a reconsideration of the mechanisms that make them effective. In particular, the EP’s proposal aims to address the Commission’s (excessive) discretion, which hides behind the political strategies, responsible for the erosion of its role as of “guardian of the Treaties”. In this regard, the resolution proposes to make the EP the new watchdog for EU law compliance by conferring it the power to trigger the infringement procedure (Amendment No. 199).

Additionally, it introduces a 12-month deadline within which the Commission “shall” (and no longer “may”) “bring the matter before the Court” (Amendment No. 198. *See* also Amendment No. 202 which similarly modifies Art. 260, para. 2, TFEU). However, during his speech at the University of Bologna on 23<sup>rd</sup> February 2024, M. Condinanzi noted that one would have expected an explicit – and binding – recognition of the principle of primacy, the latter constituting a genuine “cohesion rule” (“regola di coesione”) between the EU and the national legal systems (L. S. ROSSI, *Il principio del primato come “regola di coesione” dell’ordinamento dell’Unione europea*, in VV.AA., *Quaderni AISDUE*, fasc. speciale, n. 1, Naples, 2024).

Despite some aspects may have deserved closer attention, the EP’s reform proposal remains an ambitious one. Its *raison d’être* is to address the fear that a in-depth revision of the Treaties may no longer be possible in the event of an enlargement. Although the EP also proposes to modify the revision procedure by inserting the QMV in Art. 48, para. 7 § 4, TEU (*see* Amendment No. 64), the need for unanimous ratification by all Member States would remain. In other words, the reason for prioritizing a full Treaty revision over enlargement may be due to the concern of Treaty “fossilization” (“fossilisation”, the quote is borrowed to O. DUBOS, *L’Union européenne: Sphinx ou Énigme?* in *Études en l’honneur de J-C GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, 2004, cit. p. 32). Furthermore, the EP’s commitment to respecting its representative mandate certainly justifies the elaboration of this far-reaching project, which – as recently underlined by MEP Sandro Gozi – takes as its starting point the proposals contained in the final report of the CoFoE (for an analysis of the final report’s proposals, *see* F. RASPADORI, *La Conferenza sul futuro dell’Europa e le colonne d’Ercole della lontananza dei cittadini*, in this *Blog*, in part. pp. 5-7).

In the meantime, the Council advocates for a reform achieved *à droit constant*, relying on the existing tools. Although it undertakes to fulfil its obligation under Art. 48, para. 1, TEU (e.g., to submit the EP’s proposal to the European Council) with regard to the “very limited number of measures [...] that would require Treaty change to be fully implemented”, the latter affirms that “work is ongoing” on the possibility of improving “some aspects” of the Council-decision making process, and in particular on extending the use of QMV within the Council (General Secretariat of the Council, Conference on the Future of Europe – Proposals and related specific measures contained in the report on the final outcome of the Conference on the Future of Europe: Updated assessment).

Given the political discrepancies, it may be more realistic and feasible to

implement a small-scale reform (A. DUFF, *Five Surgical Strikes on the Treaties of the European Union*, in *europeanpapers.eu*, vol. 8, n. 1, 2023, pp. 9-16). However, it is advisable for the Council and the European Council to be receptive to the EP's requests, as its approval is necessary for the conclusion of any accession Treaty (M. VELLANO, *op. cit.*, p. 149). The EP has previously used its consent as a bargaining tool to claim (in vain) a Treaty reform when Sweden, Finland, Austria and Norway were in the SAS to join the EU (see C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7ème édition, Paris, 2019, in part. p. 51).

4. The challenges currently faced by the EU institutions and the Member States are by no means new: the constant attempt to strike a balance between the complementary dynamics of widening and deepening is in the DNA of the European integration process (*see*, for all, K. LENAERTS et al. (eds.), *An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, Oxford, 2023) and the question of Treaty revision “has always been [a] complex and obscure” one (D. HINE, *Constitutional Reform and Treaty Reform in Europe*, in A. MENON, V. WRIGHT (eds.), *From the Nation State to Europe? Essays in honour of Jack Hayward*, Oxford, 2001, pp. 118-138, cit. p. 127). At the end of the day, the debate on what should or should not be revised brings out the usual dichotomy between intergovernmentalism on the one hand and supranationality on the other (*see* J. A. WINTER, D. M. CURTIN, A. E. KELLERMANN, B. DE WITTE (eds.), *Reforming the Treaty on European Union. The Legal Debate*, The Hague, 1996).

What is more unusual is the context in which these questions arise. The original objective of guaranteeing a *Pax Europaea* has returned to the forefront, but with a new perspective: building a strong Union ready to fight a future war. As Ursula von der Leyen recently highlighted during her speech to the European Parliament Plenary on strengthening European defence in a volatile geopolitical landscape: “The threat of war may not be imminent, but it is not impossible”.

We believe that what is really at stake is the protagonists' conception of the integration process. By attaching importance to the results of a participatory democracy exercise such as the CoFoE, the European Parliament is moving towards a federalist vision, which is further confirmed by the content of its proposal (W. KAISER, *Federalism in the European Parliament. From Ventotene to the Spinelli Group*, European Parliament History Service, March 2024, in part. p. 10). The Council, the European Council and, more surprisingly, the Commission tend to prioritize a policy of “quantity over quality”.

The geographical enlargement of the EU seems to be a pressing matter,



but it should not overshadow the need to strengthen the EU's already fragile balance. Additionally, there is a discrepancy between the positions resulting from the exercise of representative and participatory democracy.

Although the outcome of the CoFoE cannot be considered as the mirror of the “European people” (“popolo europeo”, see F. RASPADORI, *cit.* in part. pp. 9-10), some may question whether it would not “be ironic if the [CoFoE] and its institutional reception were one day cited as evidence of a growing distance between citizens’ ambitions and Member State conservatism when it comes to the value and direction of European integration – a Union no longer driven, but rather inhibited, by political elites?!” (*Editorial comments*, in *Common Market Law Review*, vol. 59, 2022, *cit.* p. 1594). This attitude clearly shows the ‘schizophrenia’ described by A. Tizzano: the will to progress together, as well as the reluctance to move towards a more sophisticated integration (A. TIZZANO, *Il costituzionalismo europeo nell’età dell’incertezza*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 2, 2023, *cit.* p. 367).

A very last way for EU citizens to express their desire for “more Europe” is by launching a European Citizens’ Initiative (‘ECI’) calling the European Commission to “submit to the Council proposals for the amendment of the Treaties” (Art. 48, para. 2, TEU). Despite the supportive case law of the ECJ in matter of ECI accessibility and effectiveness (see F. CLAUSEN, *Le contrôle de la Cour de justice de l’Union européenne sur les conditions de mise en oeuvre de l’initiative citoyenne européenne*, in E. DUBOUT, F. MARTUCCI, F. PICOD (dirs.), *L’initiative citoyenne européenne*, Brussels, 2019, pp. 285-321), the Commission remains hostile to consider Art. 11, para. 4, TEU as enabling the EU citizens to ask for a Treaty revision (V. MICHEL, *Initiative citoyenne et limites des compétences de l’Union européenne*, in E. DUBOUT, F. MARTUCCI, F. PICOD (dirs.), *op. cit.*, in part. pp. 208-209. On the doctrinal debate related to the possible use of the ECI in matter of treaty revision, and in particular, on the difficulties around the interpretation of the notions of “legal act” and “[implementation of] the Treaties” contained in Art. 11, para. 4, TEU see: M. MEZZANOTTE, *La democrazia diretta nei trattati dell’Unione europea*, Padua, 2015, pp. 109-111 and literature cited).

Identifying the appropriate reform for the survival of the integration process is a complex task. According to G. Marti and P. Berès, two of the ‘Group of Twelve’ experts who contributed to the well-known ‘Sailing on High Seas’ report, the most polarising issues have been deliberately excluded to increase the chances of the recommendations being exploited. For instance, some constitutional courts consider the question of the Charter’s scope of application too sensitive. Additionally, the *Spitzenkandidat* system



is controversial due to its strong federalist vision (these insights were shared on 5 March 2024 during a debate organised by the GIS-EuroLab at Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. The registration of the debate is available here).

The report, which was drawn up both “in preparation for potential future enlargement and as a follow-up of the CoFoE”, nevertheless received some criticism. According to J. Cloos, some of the proposals are neither useful, because they address “non-existent problems” (e.g., the idea of changing the Council Presidency by replacing the trio by a quintet), nor desirable (e.g., the idea of extending QMV to sensitive areas of a constitutional nature), or even incongruous (e.g., the idea of introducing automatic sanctions after a time-limit in order to strengthen the respect of the EU’s values, since this would undermine the Council’s unwillingness to use the procedure provided for in Art. 7 TEU) and utopian (e.g., extending the QMV to the MFF) (J. CLOOS, *A Critical Look at the Report of the Franco-German Working Group on EU institutional reform*, 21.11.2023). Moreover, while the generalization of QMV and the extension of OLP constitute suitable tools to enhance both the EU’s capacity to act and democratic legitimacy, they may collide with effectiveness, by raising some issues during the implementation phase from those Member States that would otherwise have vetoed it (see M. DAWSON, F. DE WITTE, *EU Law and Governance*, Cambridge, 2022, p. 25).

The report clearly states that a Treaty revision would be the best way to ensure “democratic legitimacy, transparency, coherence and ambition of change” and that it is necessary to carry out a systemic revision in order to welcome enlargement (F. CHALTIEL, *Le couple franco-allemand face au défi de réformes structurelles*, in *Revue de l’Union européenne*, n. 673, 2023, p. 521). However, aware of the fact that “timidity reigns when it comes to reform, particularly concerning a Treaty revision“, and in the event that none of the proposed options for achieving the desired reforms would be successful, the Franco-German experts offer the fallback solution of a Europe made of concentric circles.

According to some authors, the latter could be sustainable and fruitful, provided that the number of circles remains limited and that additional cases of differentiation within the circles is prohibited (see L. S. ROSSI, *L’Unione Europea e il paradosso di Zenone. Riflessioni sulla necessità di una revisione del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 4, 2013, pp. 749-770). With 4 concentric circles lying on various *membership* status (e.g., i. The inner circle; ii. The EU; iii. Associate members; iv. The European Political Community), the architecture proposed by the experts is rather tor-

tuous, as it combines both internal and external differentiation, along with various integration strategies (e.g., multi-speed, variable geometry and *à la carte*) with space and time playing as main variables (see the categorization carried out by A. C. G. STUBB, *A Categorization of Differentiated Integration*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 34, n. 2, 1996, pp. 283-295, in part. pp. 285-286).

While differentiated integration has sometimes facilitated the integration process (e.g., thorough constructive abstention on the Common Foreign and Security Policy or as a means of securing Treaty ratification by granting opt-outs) or even deepening it (e.g., through the introduction of the enhanced cooperations by the Amsterdam Treaty), it can't be denied that the latter often reveal a certain reluctance towards the idea of a common political project, and is capable of undermining the whole system.

As acknowledged in the report, it could introduce further complexity and inconsistency into the EU legal order, hence the formulation of five key principles designed to safeguard its integrity (see Report of the Franco-German working group on EU institutional reform, *Sailing on High Seas*, cit., pp. 33-34). For much less than differentiated integration, a sense of frustration and confusion has arisen among both Member States and their citizens, as the well-known fear of the 'Polish plumber' reminds us. The mere lack of harmonisation in some areas has led to an unfettered regulatory competition between Member States that somewhat called into question the fairness of their relationships when economic benefits are involved (see E. CARPANO, M. CHASTAGNARET, E. MAZUYER (dirs.), *La concurrence règlementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Brussels, 2016).

If differentiated integration is taken to an extreme, it could undermine the credibility of some of the fundamental principles of the EU legal order and trigger a "domino effect". Would the principle of primacy be seriously applied, and would national courts genuinely refer to the ECJ where the uniform application of EU law or the principle of equality between European citizens are not as important as it would seem? Will Member States continue to respect the principle of sincere cooperation towards other States with which they won't be on an equal footing in terms of rights and obligations? Above all, will the EU remain a *sui generis* legal order if all these principles are eroded?

Among the issues that deserve serious discussion is undoubtedly that of respect for the rule of law. The values enshrined in Art. 2 TEU play a strong role in safeguarding the rights of individuals deriving from EU law (E. CARPANO, *Par-delà la souveraineté étatique dans l'Union: Etat de droit et*

*intégration*, in *federalismi.it*, n. 21, 2020, pp. 43-59) and, therefore, surely contribute to preserve the *sui generis* nature of the EU legal order (ECJ, 5 February 1963, *Van Gend & Loos*, Case 26/62). The accession of new States requires a serious monitoring to ensure full respect for these values.

In the recent *Repubblica* case, the ECJ insisted that Art. 49 TEU imposes an obligation not only to comply with the values at the time of accession but also to continue respecting it after the EU membership has been granted (ECJ, 20 April 2021, *Repubblica*, Case C-896/19, paras 61-64). It is worth considering whether a combined reading of Art. 49 TEU with Arts. 3, para. 1, and 4, para. 3, TEU does not imply a duty for Member States to be particularly careful when assessing whether a candidate State respects the values of Art. 2 TEU. In other words, the question is whether the obligation to *promote* the EU values (Art. 49 TEU), along with the duty to “refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union’s objectives” (Art. 4, para. 3, TEU), could result in Member States being obliged to deny access to the EU if there are reasonable grounds to suspect that it may endanger the cornerstones of the EU.

### **Abstract (ita)**

A quasi due anni dalla chiusura dei lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa (CoFoE), i riflettori della scena politica europea sembrano essere puntati (quasi) esclusivamente sulla possibilità/necessità di allargare i confini della famiglia europea. A fronte dell'attuale contesto geopolitico, la Commissione, il Consiglio e il Consiglio europeo vedono nell'allargamento una priorità assoluta. Marginale, invece, il tema delle riforme istituzionali interne, ad eccezione di quelle che, senza richiedere una revisione delle norme di diritto primario, potrebbero consentire di superare situazioni di paralisi nel processo decisionale dell'Unione. L'unico effettivo difensore delle istanze dei cittadini europei pare essere il Parlamento europeo, il quale pone le raccomandazioni finali della CoFoE come punto di partenza della sua recente proposta di riforma dei Trattati. Dando conto di queste differenti posizioni, il presente contributo mira a evidenziarne i possibili profili di problematicità quanto al rispetto dei valori e dei principi cardine dell'ordinamento europeo. Senza alcuna ambizione di fornire risposte definitive, l'intento è piuttosto di stimolare riflessioni future sulle implicazioni costituzionali di alcune delle strade prospettate per l'avvenire dell'Unione europea.

### **Abstract (eng)**

Almost two years after the end of the Conference on the Future of Europe (CoFoE), the spotlight of the European political scene seems to be focused (almost) exclusively on the possibility/need to broaden the borders of the European family. Against the current geopolitical background, the Commission, the Council and the European Council see enlargement as a major priority. Marginal, on the other hand, is the issue of internal institutional reforms, except for those that, without requiring a revision of primary law, could make it possible to overcome situations of paralysis in the Union's decision-making process. The only strenuous defender of European citizens' demands seems to be the European Parliament, which sets CoFoE's final recommendations as the starting point for its recent proposal to reform the Treaties. Taking into account these different positions, the present contribution aims at highlighting their potential problematic issues in terms of respect for the core values and principles of the European order. Without any ambition to provide definitive answers, the intention is rather to stimulate further reflection on the constitutional implications of some of the avenues envisaged for the future of the European Union.

SOMETHING NEW UNDER THE SUN:  
THE DIRECT EFFECT OF DIRECTIVES PLUS ARTICLE 47  
CHARTER IN HORIZONTAL SITUATIONS IN THE K.L. JUDGMENT

Lorenzo Cecchetti (Postdoctoral Research Fellow in EU Law,  
Luiss University) – 24 aprile 2024

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Background of the case and preliminary questions.  
– 3. The judgment. – 4. Moving beyond the “*Mangold scheme*” in five *questionable* steps. – 5. Concluding remarks.

1. With the judgment rendered on 20 February 2024 in *K.L.* (Case C-715/20), the Grand Chamber of the Court of Justice of the European Union (“Court” or “CJEU”) wrote another important chapter in the tormented history of the direct effect of directives in the legal orders of the Member States. The significance of this ruling lies in the impact on the exceptions to the (at this point “alleged”?) prohibition of the direct effect of directives in disputes *inter privatos* (so-called “horizontal disputes”), also from a prospective point of view.

*K.L.* is indeed a peculiar judgment. Taken in isolation, the principles laid down therein do not surprise European Union (EU) law scholars. In essence, the Court, first, gives a broad interpretation of a provision of EU social law and then confirmed what was held in *Egenberger*, *i.e.* that the fundamental right to effective judicial protection now enshrined in Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the EU (“Charter”) has direct effect (even) in horizontal disputes. Similar to what occurs in the field of natural sciences, however, such principles act as actual “chemical reagents”: when they come into contact with each other in the reasoning used by the Grand Chamber, they trigger a reaction that transforms them into something different and additional compared to the mere sum of their parts. The “reaction products” of *K.L.* are fully equipped to have a profound impact on the constitutional law of the EU.

This blog post unfolds as follows. First, the facts at the origin of the main proceedings and the background of the case, including the preliminary questions submitted by the national court, will be outlined (section 2). Then, I will illustrate the Court’s reasoning in relation to the two preliminary questions (section 3), before laying down some critical remarks on the way in which the Court has further extended – and thus complicated – the jigsaw of exceptions to the prohibition of horizontal direct effects of direc-

tives (section 4 – I will not analyse in detail the Court’s reasoning on the prohibition of discrimination due to space limits). In this part, I will refer to the Opinion delivered by Advocate General Pitruzzella in the case, which presents several dissenting points compared to the Grand Chamber’s stance. Some brief concluding remarks will then be offered (section 5).

2. The factual background of the case is straightforward and undisputed. K.L. (the employee) and X, a limited liability company incorporated in Poland (the employer), concluded a fixed-term, part-time employment contract for the period from 1 November 2019 to 31 July 2022. On 15 July 2020, however, the employer gave the applicant a written notice of termination of the employment contract with a notice period of one month. In line with the applicable provisions of the Polish Labour Code (*Kodeks pracy*), the written notice did not state the reasons behind that decision. The termination of the contract took effect on 31 August 2020.

The worker then brought an action before the 4th Labour and Social Insurance Division of the District Court for Kraków-Nowa Huta, Poland (Sąd Rejonowy dla Krakowa – Nowej Huty w Krakowie), the referring court in this case. The applicant alleged the unlawfulness of the dismissal due to formal errors, vitiating the notice of termination, and claimed compensation for the damage caused by the early termination of the agreement. However, he also observed that the national Polish Labour Code – by requiring to state the reasons for the termination of an employment contract only for contracts of indefinite duration and for termination without notice, without doing so in relation to fixed-term contracts (Article 30(4)) – infringes both EU law norms (Council Directive 1999/70/EC concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP and the general principle of non-discrimination) and Polish rules on non-discrimination (Articles 18<sup>3a</sup> and 18<sup>3b</sup> of the Labour Code), prohibiting discrimination based on the type of employment contract.

The different treatment set in Article 30(4) of the Labour Code had been already considered compatible with the Polish Constitution, including the principle of equality before the law and non-discrimination, by the Trybunał Konstytucyjny (Constitutional Court), and examined by the Sąd Najwyższy (Supreme Court). Most notably, the Supreme Court held that, despite that provision, the national courts may assess the compliance of a notice of termination of a fixed-term contract with the rules of social conduct or its socio-economic purpose, including whether those reasons are discriminatory (Order for reference, para. 27). Therefore, despite having

doubts about the correct implementation of Directive 1999/70/EC in Poland, the Court drew a distinction between the “substantive aspect” of the protection against unjustified dismissal (e.g. in case of a discriminatory or unlawful reason) and the “formal aspect”, i.e. the obligation to state in the act of termination the reasons at the basis of the dismissal.

Against this backdrop, the referring court raises two preliminary questions. The first one concerns the compatibility of the Polish legal framework, particularly Article 30(4) of the Labour Code, with Article 1 of Directive 1999/70/EC and clauses 1 and 4 of the framework agreement. The key provision to be interpreted is clause 4, entitled “Principle of non-discrimination”, according to which “[i]n respect of *employment conditions*, fixed-term workers shall not be treated in a less favourable manner than comparable permanent workers solely because they have a fixed-term contract or relation *unless different treatment is justified on objective grounds*” (emphasis added). The second question, instead, seeks to ascertain whether these rules jointly considered with the general principle on non-discrimination, today enshrined in Article 21 of the Charter, can be relied upon by an individual against another private party, thereby having horizontal direct effect (Order for reference, para. 40).

3. Let us start with a comment on the structure of the judgment. In the first paragraphs of the reasoning, the Court considers that the two questions “must be reformulated” and that “it is appropriate to examine [them] together” (paras 30-32). This is not uncommon in the context of the cooperation procedure established by Article 267 TFEU. However, the blunt way in which it is asserted that – consequently – it is *not* “necessary to rule on the request for an interpretation of Article 21 of the Charter” (ibid.) is striking. This is particularly the case since the joint examination of the two preliminary questions turns out to be a fictional statement. Indeed, the Court’s reasoning is characterised by a clearly defined two-phase structure: paragraphs 33 to 67 deal with the compatibility of the national law with clause 4 of the framework agreement, while the remaining paragraphs (68 to 81) specifically regard the legal consequences of the incompatibility, if any, in horizontal disputes. This is nothing new – the same approach has marked the CJEU’s case law on the horizontal direct effect of the non-discrimination principle since *Mangold* – but it becomes relevant to the extent that examining together the two questions has the only purpose of not dealing with the horizontal direct effect of the general principle on non-discrimination and Article 21.

This being said, the Court firstly finds that the national legal dispute



falls within the scope of application of the framework agreement on fixed-term work. The principle of non-discrimination laid down in clause 4 is thus applicable (paras 33-40). This provision prohibits discrimination based on the nature of the contract “[i]n respect of employment conditions”. Can the national law governing the termination of an employment contract be subsumed under that concept? Relying on the principles affirmed in its previous judgments, such as *Vernaza Ayovi* and *Grupo Norte Facility SA*, the Court answers in the affirmative. Should the rules governing the protection afforded to a worker in the event of unlawful dismissal (e.g., those on the notice period applicable or the compensation to be paid) be excluded, the effectiveness of clause 4 would be significantly limited (para. 39). Moreover, the need not to interpret clause 4 restrictively is confirmed by the framework agreement’s objective, which is to improve the quality of fixed-term work, and by the fact that that clause “is simply a specific expression of one of the fundamental principles of EU law, namely the general principle of equality” (para. 43).

Considering that the framework agreement is thus applicable, next, the Court turns to the application of the non-discrimination test – developed in its case law – to the case at issue. The test involves three steps, i.e. the assessment of the comparability of the situations in question, the existence of a less favourable treatment, and, should that be the case, of the possibility to be justified on “objective grounds” (as permitted by clause 4). I will provide an overview of the Court’s reasoning on these three passages.

On the comparability, the CJEU follows the principles affirmed in previous case law. In brief, to assess whether the persons concerned are engaged in the same or similar work, several factors, such as the nature of the work, training requirements and working conditions, must be assessed (para. 47). In the context of the cooperation spirit enshrined in Article 267 TFEU, it is “for the referring court, which alone has jurisdiction to assess the facts, to determine whether the applicant in the main proceedings was in a situation comparable to that of workers employed for an indefinite period by X during the same period” (para. 49). Nonetheless, *en passant*, the Court added that since the legislation at issue in the main proceedings has a “general nature”, “it appears that that legislation applies to workers employed under a fixed-term contract who may be compared to workers employed under a contract of indefinite duration” (para. 48).

As regards the second step, which is the one that marks the sharpest contrast vis-à-vis the AG Opinion (see below section 4), it is held that “the existence of less favourable treatment [...] is to be assessed objectively”.

Since a fixed-term worker whose employment contract is terminated with a notice period will not be informed, unlike a permanent worker whose employment contract is terminated, of the reason or reasons for that dismissal, he or she “is deprived of *important information* in order to assess *whether the dismissal is unjustified* and to consider *whether to bring proceedings before a court*” (para. 51, emphasis added). Such a situation – it is added – “is liable to give rise to *unfavourable consequences* for a fixed-term worker”, even where “the judicial review of the validity of the reasons for the termination of his or her employment contract is guaranteed and [...], *accordingly, effective judicial protection of the person concerned is ensured*” (para. 53, emphasis added). Which kind of unfavourable consequences? In brief, the fact that in case of doubts as to the validity of dismissal, the fixed-term worker “has no choice other than to bring an action” before a labour court, without “being able to assess a priori the prospects of success of that action” (para. 54). Moreover, the worker will be required to make some allegations about the discriminatory or unfair nature of the dismissal, without having received a written explanation of the reasons behind it (ibid.). Lodging of such an action, even where free of charge like in Poland, is “likely to entail costs for that worker [during the procedure], or even costs to be borne by him or her if that action is unsuccessful” (ibid.). A national legislation such as that at issue in the main proceedings thus establishes a difference in treatment involving less favourable treatment of fixed-term workers.

On the existence of objective grounds of justifications, the Court assesses the existence of a legitimate aim and whether the different treatment makes it possible to attain that aim and is necessary to that end. The point of departure is the Polish government’s argument, which centred on the different social and economic function of fixed-term contracts vis-à-vis contracts of indefinite duration and on the role of the former to ensure the flexibility of the labour market, thereby pursuing the objective of a “national social policy aimed at full productive employment” (paras 60-61). Those allegations are not considered precise and specific enough to meet the criteria set in the Court’s previous case law (para. 63). Indeed, allowing the mere temporary nature of the employment to justify the different treatment would render the framework agreement objectives meaningless (para. 64). Besides, even on its surface, that difference is found not to be “necessary”: requiring employers to state the reasons for the early termination of a fixed-term contract would not deprive that contract of its flexibility (para. 67).

Let us now move on with the “second part” of the judgment, which – as anticipated – deals with the second preliminary question. The question is

rephrased in these terms: is a national court obliged, in a dispute between individuals, to disapply a national provision which is contrary to clause 4 of the framework agreement?

The Court first confirms the “subsidiary nature” of the horizontal direct effect of EU fundamental rights: the more flexible and less intrusive duty of “consistent interpretation” (aka indirect effect) takes precedence over the disapplication of an incompatible national norm (L. Cecchetti, *Unravelling horizontal direct effect in EU law: the case of the fundamental right to paid annual leave between ‘myth’ and ‘practice’*, in *Yearbook of European Law*, 2023, p. 42 ff). Only where the referring court ascertains that Article 30(4) of the Labour Code cannot be interpreted consistently with clause 4 of the framework agreement (paras 69-72), the CJEU turns to the remedy of disapplication.

In this regard, the Court restates the principle according to which the directives cannot have horizontal direct effects in disputes between individuals (prohibition of horizontal direct effect), while acknowledging that clause 4 meets the criteria to have direct effect “against the State in the broad sense” (paras 73-75). Accordingly, it is held that clause 4 of the framework agreement does not require the Polish court to set aside Article 30(4) of the Labour Code in the main proceedings.

In the remaining five short paragraphs, however, the CJEU turns upside down such a preliminary conclusion. First, it is affirmed that, since the framework agreement applies, the Polish legislation in question falls within the scope of application of the Charter and must, therefore, comply *with the right to an effective remedy enshrined in Article 47* (para. 77). Second, from the fact that fixed-term workers are deprived of important information in order to decide whether to bring proceedings before a court to protect their rights, it is inferred that “*the difference in treatment introduced by the applicable national law [...] undermines the fundamental right to an effective remedy enshrined in Article 47*” (para. 79). Third step: the arguments put forward by the Polish Government to justify the different treatment (see above) do not allow to rely on Article 52(1) of the Charter (ibid.). Fourth, here is where *Egenberger* comes into play: the Court already declared that “Article 47 of the Charter is sufficient in itself and does not need to be made more specific by provisions of EU or national law to confer on individuals a right on which they may rely as such” (para. 80). Fifth, in a situation such as that in the main proceeding, it thus follows that the national court is required “*to disapply Article 30(4) of the Labour Code to the extent necessary to ensure the full effect of that*

provision of the Charter” (para. 81). What are the envisaged implications of such a reasoning?

4. The judgment further extends the jigsaw of the exceptions to the prohibition of horizontal direct effects of directives, with specific regard to the exception that has been termed “*Mangold* scheme”. According to this exception, a certain right protected in a not-correctly-implemented directive *plus* the corresponding Charter fundamental right (or general principle) can have direct effect in horizontal disputes where there is an “immediate” and “essential” connection between the two sources (L. CECCHETTI, *L’efficacia diretta delle direttive negli ordinamenti nazionali, oggi: questioni ancora aperte alla vigilia del 50° anniversario della sentenza van Duyn*, in *rivista.eurojus*, 2023, p. 151 ff). Such a “characterised functional link” between the provisions of the directive and the fundamental right in question has been considered by some scholars as a hint that the *Mangold* scheme had to be only acknowledged with an “exceptional character” (about the horizontal direct effect of the general principle of non-discrimination (and Article 21 of the Charter) and Directive 2000/78, see E. MUIR, *Of Ages – and Edges of – EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2011 p. 39 ff, pp. 60-62). In the same vein it has been read the extension of the scheme to the fundamental right to paid annual leave, protected by Directive 2003/88 and today enshrined in Article 31(2) of the Charter, and the Court’s rejection to use the same approach in relation to the freedom to conduct a business (Article 16 of the Charter) and Directive 2006/123 (B. DE WITTE, *The Thelen Technopark Berlin judgment: the Court of Justice sticks to its guns on the horizontal effect of directives*, in *REALaw.blog*, 6 May 2022).

However understandable the intention of this judgment is – i.e. guaranteeing the effectiveness of the rights conferred on workers by the Union’s legal system –, it certainly contributes to nourishing the concerns about the “creativity” and “unpredictability” of the line of case law dealing with the above-mentioned exceptions (see, respectively, F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori, e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021, p. 19; E. DUBOUT, *L’invocabilité d’éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le «bateau ivre» a-t-il sombré?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, p. 277 ff). The *K.L.* judgment seems to be the inevitable consequence, in disputes between private parties, of the far-reaching case law developed in relation to Article 47 of the Charter during the last decade. If taken to its extreme consequences, moreover, the “reaction products” of

this ruling would probably entail that any (unconditional and sufficiently precise) right enshrined in a not-correctly-implemented directive could be relied upon by an individual *against another individual* in combination with Article 47 of the Charter, should a national rule discourage “directly or indirectly, actually or potentially” – so to speak – his or her decision to bring proceedings before a court.

Arguably, however, *K.L.* is *not* a green light to the horizontal direct effect of directives. Not just because the Grand Chamber affirms so. There are indeed cases, such as *Association de médiation sociale*, to which the same reasoning does not seem to be applicable, with the result that they will not be caught by any (as of today judicially created) exception. Nevertheless, the “constitutional decoupling” of the directive right from the EU fundamental right can have far-reaching consequences and raises some concerns. This is particularly so since the Court’s reasoning is characterised by minimalism and opacity, which clashes with the in-depth analysis offered by AG Pitruzzella (Opinion, paras 97-101). In the remaining part of this section, I will take a closer look at the five steps of the Court’s reasoning outlined above.

To begin with, if the Charter is applicable, why should the Polish legislation be assessed against the fundamental right to an effective remedy enshrined in Article 47 *only*? Unquestionably, other EU fundamental rights would be potentially relevant in the case. Not only did the referring court explicitly refer to the non-discrimination principle under Article 21 (Order, paras 5, 35, 37 and 40) and to the right to protection against unjustified dismissal enshrined in Article 30 (Order, paras 6 and 34), but the CJEU itself considers clause 4 to be “a specific expression” of the general principle of equality (para. 43). The choice to deal with Article 47 only, axiomatically stating that it is not necessary to interpret Article 21 of the Charter (para. 32) and ignoring Article 30 seems an arbitrary decision. The reflections offered by the AG help shedding light on such an approach by pointing out the Court’s reluctance to discover or declare prohibition of discrimination on grounds not laid down in Article 21, and not connected to the respect of human dignity, to be general principles of EU law having horizontal direct effect (Opinion, paras 71-82; in addition to the cases referred to there, it might be worth recalling *Audiolux*, where the Court excluded the existence of a general principle of Community law on the protection of minority shareholders). Similarly, the wording of Articles 20 and 30 would have probably rendered their analysis of little help to trigger the disapplication of national law (cf Opinion, paras 82-96).

The second step of the reasoning – concerning the violation of the fundamental right to an effective remedy enshrined in Article 47 of the Charter

– brings about some question marks. From a methodological perspective, due to the above-mentioned “constitutional decoupling” of the directive right from the EU fundamental right, the incompatibility with the directive does not necessarily entail the violation of the fundamental right to effective judicial protection. However, an *ad hoc* assessment on the violation of Article 47 is lacking. Indeed, the core of the decision evidently lies in reasoning on the existence of less favourable treatment prohibited by clause 4 (paras 51-56, on which see above section 3). This is confirmed by the wording used in para. 79, according to which “*the difference in treatment [...] undermines*” the fundamental right in question. Yet, one might say that one thing is to entail less favourable treatment, while another matter is to violate Article 47. There is one aspect that comes to our rescue, namely the distinction drawn by the referring court between the “substantive” and the “formal” aspect of the protection against unjustified dismissal, whose significance is also stressed by the AG (Opinion, para. 33). Most notably, the substantive aspect concerns the right to have a third court scrutinise whether the dismissal is based on a discriminatory or unlawful reason, while the formal one regards the obligation to state in the act of termination the reasons at the basis of the dismissal. The different treatment as concerns the formal aspect *can* impact the substantive protection. However, it is the Court itself that acknowledges that the Polish law would be contrary to clause 4 even where – as stated by the referring court and by the Government – “*the judicial review of the validity of the reasons for the termination of his or her employment contract is guaranteed and [...], accordingly, effective judicial protection of the person concerned is ensured*” (para. 53, emphasis added). How to reconcile this passage laid down in the first part of the judgment with the finding about the violation of Article 47 is far from clear.

Consequently, even the third step does not seem convincing: Can we entirely overlap – as done by the Court (para. 79) – the assessment of whether a different treatment can be justified under clause 4 of the framework agreement with that of the permitted limitations on fundamental rights under Article 52(1) of the Charter?

The fourth comment is on the complete reliance on *Egenberger* to justify the horizontal direct effect of Article 47. In this respect, there are at least three differences that seem to be overlooked by the Grand Chamber. As rightly pointed out by the AG (see Opinion, paras 98-101), one is that, in that previous case, the duty to disapply national law was not based on Article 47 considered alone. Conversely, that fundamental right was considered together with another fundamental right enjoying horizontal direct



effect, i.e. the prohibition of discrimination on grounds of religion or belief now enshrined in Article 21(1) of the Charter. Moreover, it was the substantive dimension of the fundamental right to effective judicial protection to be endangered. Indeed, the judicial review of the respect of the non-discrimination principle in the employment relationships with Churches and assimilated organisations was limited to a *review of plausibility* on the basis of the church's self-perception (*Egenberger*, paras 31, 32 and 40). Lastly, in that case, the employer "actively co-participates" in the discrimination by requiring the membership of a certain religious faith to take up the job position. In other terms, albeit relying on the German legal framework applicable at the time, it is the employer itself that sets the discrimination in the offer of employment and then rejects Ms Egenberger's application; in *K.L.*, instead, it is not contested that *X* has acted in compliance with the provisions of national legislation currently in force and "is not responsible for the different treatment set therein" (Order for reference, para. 4). This is not contested by the worker either, who is aware of raising doubts about the compatibility of the Polish Labour Code with EU law that do not depend on the employer's conduct. This aspect, which can be also observed in previous horizontal direct effect cases (see, e.g., *Cresco Investigation*), begs the following question: why should the private employer bear consequences for complying with the national law?

The fifth and final consideration concerns the duty to disapply national law *only in part*. Such a partial disapplication is not a complete novelty, having been admitted by the Court in *NE II* already (for some critical remarks on this decision, considering that it dealt with the disapplication of penalties, see 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 di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sistema Penale*, 26 aprile 2022). Nonetheless, are we sure that the partial disapplication of Article 30(4) of the Labour Code can actually remedy the incompatibility with EU law? Which fragment of that provision ("A declaration by the employer of notice of termination of an employment contract of indefinite duration or termination of an employment contract without notice shall state the reason justifying the notice of termination or the termination of the contract") must the national court set aside? My stance on these questions is that, in theory, there are two possibilities available to the judge to remedy the incompatibility. The first would be the "complete disapplication" of Article 30(4). This would level down the protection of a certain category of workers, thereby eliminating the unlawful discriminatory



provision, although, in practice, it would risk violating a core principle of labour law. The second possibility would be to *interpretatively supplement* that provision by extending that more favourable treatment to the disadvantaged category of workers (i.e., the fixed-term workers) (so-called “levelling up mechanism”). The Court has already upheld such a mechanism based on the horizontal direct effect of an EU fundamental right in disputes between an employee and his private employer (see again *Cresco Investigation*). Anyway, partial disapplication is utterly irrelevant for the referring court due to the peculiarities of the “legal syntax” of Article 30(4), unless, by that term, the Court refers to the interpretative supplementing of words to the national provision. Considering the foregoing, what seems clear is that “disapplication” shall be understood as much more than the mere setting aside of a national provision. Indeed, it is being used as a sort of passepartout (or master key) to interpretatively bring national legislation in compliance with EU law (cf. AG Bobek’s Opinion in *NE II*, paras 118-124).

5. Overall, the *K.L.* judgment shows that the directive continues to “*intrigue, déranger, diviser*” to this day (R. KOVAR, *Observations sur l’intensité normative des directives*, in F. CAPOTORTI *et al.* (eds.), *Du droit international au droit de l’intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 359 ff.). Prove of this being that, besides the judgment under investigation, during the last few months, the CJEU has explicitly tackled the issue of the legal consequences of the direct effect of directives on private parties in two other important rulings, namely *Infraestructuras de Portugal* and *Gabel Industria Tessile*. Considering these cases together with other recent developments in the Court’s case law has brought some scholars to air the idea that direct effect is “morphing” into something different from what is normally taught to university students (see D. SARMENTO, S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Is Direct Effect Morphing into Something Different?*, in *EU Law Live*, 4 March 2024). These developments explain the need to continue to carry out research even on these well-ingrained principles of EU law (on direct effect, see D. GALLO, *The Direct Effect of European Union Law*, Oxford, Forthcoming).

As I argued elsewhere, the passage of time does not necessarily lead to a waning of research interest in classic EU law topics, such as the direct effect of directives, that affect not only the protection of individual rights, but, more generally, the constitutional architecture of the EU legal order (L. CECCHETTI, *L’efficacia diretta delle direttive negli ordinamenti nazionali, oggi: questioni ancora aperte alla vigilia del 50° anniversario della sentenza van*

*Duyn*, *op. cit.*). Indeed, the way in which the Court will “use” the “reaction products” of *K.L* and the *questionable* principles set forth therein in future cases will determine whether directives will *de facto* normally impose obligations on private individuals, thereby turning the prohibition of their horizontal direct effects into a mere rhetorical affirmation and shedding light on the legal nature of directives as well as of the EU legal order globally considered. In fact, the notions of direct effect and primacy, as well as their interplay, “influence the fundamental dynamics of the European Union legal order” (E. MUIR, *op. cit.*, p. 39). Arguably, many EU law textbooks will require to be updated after the rulings rendered during the last few months, so will be the way in which this topic is taught to students. Could you imagine a better way to celebrate the 50<sup>th</sup> anniversary of the *van Duyn* judgment?

### **Abstract (ita)**

Il contributo esamina la sentenza resa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa C-715/20, *K.L.*, con la quale il già articolato panorama di eccezioni al divieto di effetto diretto orizzontale delle direttive è stato ulteriormente ampliato e complicato. In particolare, la Grande sezione ha esteso il c.d. "schema Mangold" a situazioni in cui non sussiste una corrispondenza "immediata" ed "essenziale" tra il diritto protetto dalla direttiva ed il diritto fondamentale in combinato disposto con il quale esso è invocato. Pur non negando i benefici in termini di effettività dei diritti conferiti ai lavoratori dall'ordinamento giuridico dell'Unione, verrà sostenuto che nessuna delle cinque brevi argomentazioni poste a fondamento di tale estensione appare condivisibile.

### **Abstract (eng)**

This blog post examines the judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-715/20, *K.L.*, which further extends and complicates the already articulated panorama of exceptions to the prohibition of horizontal direct effect of directives. In particular, the Grand Chamber extended the so-called "Mangold scheme" to situations where there is no "immediate" and "essential" correspondence between the right protected by the directive and the fundamental right in connection with which it is invoked. Without denying the benefits in terms of the effectiveness of the rights conferred on workers by the Union legal order, it is argued that none of the five brief arguments put forward in support of such an extension appear to be tenable.



UN PASSO AVANTI E DUE INDIETRO:  
BREVI RIFLESSIONI CIRCA GLI STRUMENTI DI ACCERTAMENTO  
DELLA RESPONSABILITÀ DI FRONTEX PER VIOLAZIONI DEI DIRITTI  
UMANI ALLA LUCE DELLA SENTENZA *WS* E ALTRI *C. FRONTEX*

Erika Colombo (Dottoressa di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università di Milano La Statale) – 11 gennaio 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La tutela giurisdizionale a fronte dell'operato di Frontex: i precedenti giurisprudenziali. – 2.1. I limiti del ricorso per annullamento. – 2.2. Il caso *SS e ST c. Frontex*. – 3. La pronuncia del Tribunale nella causa T-600/21. – 3.1. “Un passo avanti”: i motivi di ricevibilità del ricorso. – 3.2. “Due passi indietro”: la valutazione sul nesso di causalità e il rigetto del ricorso. 4. Considerazioni conclusive.

1. Il 6 settembre 2023, il Tribunale ha deciso la causa che ha visto come protagonisti Frontex e alcuni richiedenti asilo, che hanno promosso un'azione di accertamento della responsabilità extracontrattuale dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex), per alcuni fatti risalenti al 2016.

In particolare, i ricorrenti nella causa *WS e a. c. Frontex* (causa T-600/21) appartenevano ad un gruppo di cittadini siriani, i quali, fuggiti dal Paese d'origine, raggiungevano le coste elleniche al fine di presentare domanda di protezione internazionale. Sbarcati sull'isola di Milos, venivano poi trasferiti a Leros e lì esprimevano l'intenzione di richiedere asilo. Tuttavia, a seguito di un'operazione congiunta di rimpatrio condotta da Frontex e dalla Grecia, venivano trasferiti in Turchia e da lì, si spostavano in Iraq (dove risiedono da allora).

Dopo un tentativo di ottenere tutela per mezzo di denunce avanzate al responsabile dei diritti fondamentali dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera – rimaste tuttavia senza seguito –, gli interessati decidevano di proporre domanda di accertamento della responsabilità extracontrattuale *ex art.* 340, par. 2, TFUE, in ragione dell'asserita condotta illecita tenuta da Frontex prima, durante e dopo l'operazione di rimpatrio, che avrebbe loro causato danni materiali e morali.

Ebbene, la causa in esame, per quanto conclusasi con un rigetto del ricorso, ha certamente rappresentato una nuova occasione per riflettere sulla sussistenza o meno di strumenti di natura giurisdizionale efficaci per far valere la responsabilità di Frontex per le violazioni dei diritti umani commesse durante le sue operazioni (si vedano, tra gli altri, i commenti di J. DE

CONINCK, *On the EU General Court's "WS and others v Frontex"*, in *verfassungsblog.de*, 9 September 2023; M. GERBAUDO, *Come (non) rendere Frontex responsabile: il Caso WS e altri vs Frontex (T-600/21)*, in *Diritti comparati*, 12 ottobre 2023; C. ZIEBRITZKI, *Why the EU General Court's Frontex Judgment is Better Than it Seems*, in *verfassungsblog.de*, 13 October 2023).

2. In passato, l'operato di Frontex è stato sottoposto al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea attraverso ricorsi per annullamento e in carenza.

2.1. Il ricorso per annullamento è stato utilizzato per contestare la legalità di decisioni di Frontex nella causa *Izuzquiza e Semsrott c. Frontex* (sentenza del Tribunale del 27 novembre 2019, causa T-31/18), in tema di diritto di accesso ad alcuni documenti dell'Agenzia (in merito si veda v. T. KNÄBE, 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.).

In particolare, i ricorrenti avevano presentato a Frontex una domanda di accesso ad alcuni documenti contenenti informazioni relative alle imbarcazioni utilizzate dalla stessa Agenzia nell'ambito dell'operazione congiunta *Triton*, condotta a partire dal 31 ottobre 2014 nel Mediterraneo centrale. L'Agenzia aveva però rifiutato l'accesso ai documenti richiesti, sulla base dell'eccezione prevista dall'art. 4, par. 1, lett. a), primo trattino, del regolamento n. 1049/2001, relativo alla tutela dell'interesse pubblico in materia di sicurezza pubblica. Pertanto, i soggetti interessati avevano promosso un ricorso diretto all'annullamento della decisione con cui Frontex aveva definitivamente precluso l'accesso ai documenti menzionati.

Il Tribunale, competente a decidere la questione, aveva tuttavia rigettato tutti e cinque i motivi di ricorso, escludendo, sulla base di argomentazioni strettamente formali, l'illegittimità degli atti dell'Agenzia.

Invece, la via del ricorso per annullamento non è mai stata esperita per far valere direttamente in giudizio violazioni di diritti fondamentali nell'ambito delle attività coordinate da Frontex. In effetti, tali attività, di natura strettamente operativa, non sembrano poter essere qualificate come atti giuridici vincolanti ai sensi dell'art. 263 TFUE e, di conseguenza, fare oggetto di un siffatto ricorso (v., in questi termini, D. VITIELLO, *Poteri operativi, accountability e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere*

*esterne dell'Unione europea. Una prospettiva sistemica*, in *I Post di AISDUE*, V, 2023, p. 226 ss.).

**2.2.** Contestazioni in merito a violazioni di diritti fondamentali, invece, sono state tentate attraverso lo strumento del ricorso in carenza.

Con la causa T-282/21, *SS e ST c. Frontex*, decisa dal Tribunale dell'Unione europea il 7 aprile 2022, i ricorrenti avevano chiesto l'accertamento di omissioni di Frontex, integranti serie e persistenti violazioni dei diritti fondamentali e degli obblighi di protezione internazionale nella regione del mar Egeo (si veda in merito S. NICOLOSI, *Drifting Effective Judicial Protection?*, in *verfassungsblog.de*, 7 September 2022). In particolare, l'inerzia dell'Agenzia, secondo le prospettazioni dei ricorrenti, aveva riguardato: a) il dovere di sospendere o cessare alcune pratiche poste in essere nel contesto delle operazioni di controllo dei confini nella regione del mar Egeo, introdotte nel marzo 2020, consistenti in attacchi sistematici nei confronti di civili richiedenti asilo in UE, in violazione, *inter alia*, del diritto alla vita, del divieto di respingimenti collettivi, del principio di *non-refoulement*, e del diritto di asilo; b) il mancato adempimento degli obblighi positivi imposti dalla Carta dei diritti fondamentali riguardo alla prevenzione di violazioni prevedibili di diritti fondamentali, come quelle appunto perpetrate nel mar Egeo.

Anche lo strumento previsto dall'art. 265 TFUE, tuttavia, si era rivelato inefficace ad offrire un'idonea tutela.

Il Tribunale, infatti, aveva dichiarato il ricorso inammissibile, ritenendo che Frontex non potesse considerarsi responsabile di un'omissione nel senso di mancata adozione di una decisione o di mancata definizione di una posizione, dal momento che aveva fornito una risposta ai ricorrenti per giustificare la mancata sospensione delle operazioni nell'Egeo (considerazioni, queste, che molto probabilmente troveranno spazio anche in un altro ricorso in carenza attualmente pendente, il caso *Naass e Sea Watch*).

Piuttosto i giudici avevano suggerito che le contestazioni dei ricorrenti circa la mancanza di chiarezza, di dettagli e di motivazione della presa di posizione di Frontex avrebbero potuto eventualmente costituire la base per un ricorso di annullamento ai sensi dell'articolo 263 TFUE.

Siffatta prospettazione, tuttavia, si scontra con quanto emerso dal citato ricorso *ex art. 263 TFUE* nella causa *Izuzquiza e Semsrott c. Frontex* (§ 2.1): la natura strettamente operativa delle condotte di Frontex, che si manifestano sotto forma di comportamenti di mero fatto, che non implicano l'adozione di atti giuridicamente vincolanti, ne determina la sostanziale non giustiziabilità attraverso lo strumento giurisdizionale del ricorso per annullamento.



3. È invece con la causa in esame che viene per la prima volta esperito il rimedio giurisdizionale del ricorso per risarcimento del danno *ex art. 340, par. 2, TFUE*, per ottenere tutela a fronte di una condotta di Frontex asseritamente lesiva di diritti umani fondamentali.

3.1. Occorre innanzitutto evidenziare che, nonostante il rigetto della domanda (v. par. 3.2), nella causa *WS e a. c. Frontex*, un passo avanti rispetto alla casistica precedente è stato compiuto: a differenza dell'esito del ricorso in carenza citato nel paragrafo precedente (par. 2.2), l'azione *ex art. 340, par. 2, TFUE* è stata ritenuta ammissibile dal Tribunale.

Sul punto, l'Agenzia, pur senza sollevare formalmente un'eccezione *ex art. 130, par. 1, del regolamento di procedura del Tribunale*, aveva sostenuto che, in luogo del ricorso *ex art. 340, par. 2, TFUE*, i ricorrenti avrebbero dovuto proporre un ricorso di annullamento entro il termine prescritto, ai sensi dell'art. 263, par. 4, TFUE, contro la lettera del responsabile dei diritti fondamentali del 6 ottobre 2020 che chiudeva il procedimento di esame delle loro denunce.

I ricorrenti, infatti, a fronte dei respingimenti subiti, avevano promosso reclami al responsabile dei diritti fondamentali, evidenziando, in sostanza: a) il loro diritto di accesso al piano operativo dell'operazione di rimpatrio, in considerazione delle presunte violazioni commesse da Frontex; e b) il dovere di Frontex di chiedere alle autorità greche e turche di riammetterli in Grecia. Il responsabile, tuttavia, con la relazione finale a chiusura della procedura, inviata il 6 ottobre 2020, aveva sostenuto che l'Agenzia aveva adottato tutte le misure necessarie per assicurare il pieno rispetto dei diritti fondamentali e che, pertanto, nulla gli potesse essere contestato.

Ebbene, i giudici del Tribunale, richiamando la propria giurisprudenza, hanno ricordato che il meccanismo di accertamento della responsabilità extracontrattuale costituisce un rimedio autonomo, che non richiede quale presupposto la previa proposizione di un ricorso per annullamento. Peraltro, hanno sottolineato che, se è vero che un ricorso per risarcimento danni deve essere dichiarato irricevibile quando mira, in realtà, alla revoca di una decisione individuale non più impugnabile – così da avere, in sostanza lo stesso scopo e gli stessi effetti di un'azione di annullamento –, è altrettanto vero che l'azione risarcitoria sarebbe esautorata della propria efficacia se fosse considerata irricevibile per il solo fatto di poter condurre ad un risultato paragonabile a quello di un'azione di annullamento.

Pertanto, considerando che il danno lamentato dai ricorrenti non poteva considerarsi derivante dalla relazione di chiusura della procedura condotta dal responsabile per i diritti umani – tanto che lo stesso sarebbe comunque

continuato a sussistere anche nel caso di annullamento di tale atto –, hanno ritenuto ammissibile il ricorso.

**3.2.** Invero, una volta giunti all'esame nel merito della vicenda, i giudici del Tribunale hanno sbrigativamente rigettato l'azione dei ricorrenti, ritenendo non provata l'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta contestata all'Agenzia e il danno materiale allegato dai ricorrenti.

Occorre infatti ricordare che, affinché l'Unione europea possa incorrere in una responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 340, par. 2, TFUE, per il comportamento illecito delle sue istituzioni o dei suoi organi (comprese le sue agenzie, come Frontex), è necessario l'accertamento di tre condizioni cumulative: a) la realizzazione di un comportamento che possa definirsi illecito; b) l'esistenza di un danno effettivo; c) la prova (spettante al danneggiato) della sussistenza di un nesso di causalità tra il presunto comportamento e il danno invocato. Il carattere cumulativo delle tre condizioni menzionate implica che è sufficiente l'assenza di una di esse perché il ricorso venga integralmente respinto (senza peraltro che sia necessario valutare anche la sussistenza delle altre condizioni).

Nel caso di specie, i ricorrenti hanno allegato:

- la realizzazione di un comportamento illecito da parte di Frontex, consistente nella violazione dei suoi obblighi relativi alla tutela dei diritti fondamentali nel contesto delle operazioni di rimpatrio coordinate dalle autorità greche (con riferimento, in particolare, al principio di non respingimento, al diritto di asilo, al divieto di espulsione collettiva, ai diritti del minore, al divieto di trattamenti degradanti, al diritto a una buona amministrazione e a un ricorso effettivo; cfr. punto 57);
- l'esistenza di un danno materiale (coincidente con le spese sostenute dai ricorrenti per affrontare il viaggio verso la Grecia, per reperirvi un alloggio e, successivamente, per spostarsi in Iraq e ivi stabilirsi; cfr. punto 58) e un danno morale (consistente in sentimenti di angoscia, paura e sofferenza, vissuti in ragione del vissuto legato al viaggio affrontato e al respingimento subito; cfr. punto 59);
- la sussistenza di un nesso di causalità tra la condotta di Frontex prima, durante e dopo le operazioni di rimpatrio e i danni lamentati: se non fosse stato per le presunte mancanze dell'Agenzia nell'adempimento dei propri obblighi relativi alla tutela dei diritti fondamentali, i ricorrenti non sarebbero stati rimpatriati illegalmente in Turchia (e, quindi, in Iran) e avrebbero ottenuto la protezione internazionale cui avevano diritto, data la situazione in Siria all'epoca dei fatti.

Ebbene, il Tribunale, con una scelta che ha fatto molto discutere (v., tra gli altri, J. DE CONINCK, *op. cit.*), ha deciso di procedere all'esame della questione della responsabilità partendo proprio dall'accertamento di questa terza condizione.

In pratica, senza preliminarmente verificare – come invece la logica avrebbe suggerito – quale fosse il comportamento illecito contestato e se tale comportamento fosse effettivamente attribuibile a Frontex, i giudici hanno concentrato l'attenzione direttamente sulla verificabilità di una connessione casale tra la condotta e danno.

Peraltro, hanno deciso di limitare l'analisi della riferibilità eziologica dei danni lamentati a due specifiche azioni ricondotte all'operato di Frontex: *i*) la decisione di non analizzare le domande di asilo; *ii*) la decisione di rimpatrio. Nessuna riflessione, invece, è stata dedicata alla possibile responsabilità dell'Agenzia con riferimento ad una terza condotta, allegata nel caso di specie: l'esecuzione della decisione di rimpatrio.

Il Tribunale ha rimarcato, innanzitutto, come, ai sensi della direttiva procedure (cfr. articoli 2, lettera f), 4, 6, 8 e 31, direttiva 2013/32/UE), siano esclusivamente gli Stati membri (o, meglio, gli organismi da essi incaricati) ad avere competenza in merito all'esame delle domande di protezione internazionale. Allo stesso modo, ha evidenziato il ruolo meramente ancillare – di supporto tecnico-operativo agli Stati membri – svolto dall'Agenzia nell'ambito delle operazioni di rimpatrio, ricordando che la direttiva 2008/115/CE (cfr. articoli 6 e 28, par. 2) attribuisce solamente agli Stati la facoltà di adottare decisioni di rimpatrio.

Pertanto, riconducendo la responsabilità per l'una – l'esame delle domande di asilo – e l'altra azione – le decisioni di rimpatrio – alla sola responsabilità degli Stati membri, i giudici hanno ritenuto che non fosse stata raggiunta la prova dell'esistenza di un nesso eziologico tra l'operato dell'Agenzia e i danni asseritamente subiti dai ricorrenti (v. punto 66). Piuttosto, tali danni sarebbero stati conseguenza diretta delle scelte effettuate dagli stessi ricorrenti, quale reazione a fronte dell'atto posto in essere nei loro confronti (v. punti 67 e 68).

Di conseguenza, il Tribunale:

- non si è preoccupato di esaminare l'effettiva condotta posta in essere dall'Agenzia con riferimento all'esecuzione delle decisioni di rimpatrio, dando per provato il suo ruolo esclusivamente “di supporto”;
- non ha neppure considerato la possibilità di ammettere un *contributo causale* dell'Agenzia alla realizzazione dei danni lamentati.

E, quindi, esclusa la sussistenza del nesso eziologico tra la condotta

contestata e i danni lamentati, hanno rigettato il ricorso nella sua interezza, senza esaminare le altre condizioni poste a fondamento della responsabilità extracontrattuale dell'UE per l'operato di Frontex.

4. Come emerso dalla breve analisi condotta, anche il ricorso *ex art.* 340, par. 2, TFUE si è rivelato uno strumento inadatto a consentire un accertamento diretto della responsabilità di Frontex per violazione di diritti fondamentali.

Nel caso esaminato, in particolare, è stata decisiva la valutazione del Tribunale circa la riconducibilità delle condotte poste all'origine dei danni lamentati dai ricorrenti all'esclusiva competenza degli Stati membri: negando la possibilità di imputare all'Agenzia tanto la decisione di rimpatrio, quanto il mancato esame delle domande di asilo, i giudici hanno escluso in radice qualsiasi coinvolgimento di Frontex nella causazione dei danni. In sostanza, la responsabilità per le lesioni dei diritti fondamentali asseritamente realizzate e il compito di assicurare ai soggetti interessati una tutela giurisdizionale effettiva sono stati rimessi agli Stati membri coinvolti (e, quindi, ai tribunali nazionali).

Tuttavia, occorre domandarsi se, con riferimento al caso di specie (e, in futuro, a casi simili), non siano comunque ipotizzabili soluzioni interpretative alternative, in grado di assicurare una forma di tutela di natura giurisdizionale direttamente nei confronti dell'Agenzia.

In tal senso, si consideri innanzitutto che l'interpretazione che il Tribunale ha fornito al nesso di causalità, quale condizione necessaria ai fini dell'accertamento della responsabilità *ex art.* 340, par. 2, TFUE, si è dimostrata particolarmente rigorosa. I giudici, infatti, utilizzando il criterio della causa esclusiva, hanno sostanzialmente scartato la possibilità di considerare ammissibile un contributo eziologico ricollegabile anche all'operato dell'Agenzia.

Si potrebbe quindi prospettare un abbassamento della soglia necessaria per l'integrazione del requisito del nesso causale e ammettere che il danno possa derivare dal contributo di più attori, tutti causalmente responsabili della causazione dello stesso. E, in questo senso, come suggerito da alcuni autori (cfr., tra gli altri, S. TAS, *Frontex above the law – a missed opportunity for a landmark judgment on Frontex's responsibility with regards fundamental rights violations: WS and Others v Frontex (T-600/21)*, Op-Ed, in *EU law live*, 20 September 2023), potrebbero essere richiamate le norme che regolano la responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali.

In secondo luogo, hanno destato numerose perplessità tanto la scelta

del Tribunale di impostare l'*iter* argomentativo della decisione partendo dalla questione della causalità, quanto la scelta di fermarsi alla constatazione del difetto di competenze decisionali in capo all'Agenzia al fine di escludere qualsiasi responsabilità di quest'ultima. In effetti, l'argomentazione del Tribunale in punto di imputazione della condotta illecita direttamente ed esclusivamente in capo agli Stati membri, senza ammettere alcuna responsabilità di Frontex, ha rappresentato il principale e maggiore ostacolo anche in termini di accertamento del nesso causale.

Invero, l'imputazione della condotta e l'accertamento del nesso di causalità rappresentano momenti diversi del processo di accertamento della responsabilità. Di regola, dapprima, dovrebbe essere accertata la correlazione tra l'attore e il comportamento illecito contestato (imputazione della condotta), mentre successivamente dovrebbe essere valutata la riconducibilità eziologica del danno a quel determinato comportamento (nesso causale).

Nel caso in esame, il Tribunale sembra aver eluso la questione dell'imputazione della condotta, non preoccupandosi di esaminare se il comportamento contestato all'Agenzia fosse alla stessa effettivamente attribuibile, ma limitandosi ad escludere la sussistenza del nesso di causalità "since Frontex has no competence either as regards the assessment of the merits of the return decisions or as regards applications for international protection" (punto 66).

Diversamente, considerando l'ampiezza e la natura dei poteri e degli obblighi oggi riconosciuti a Frontex (v. D. VITIELLO, *op. cit.*), tanto l'esame fattuale del comportamento posto in essere dell'Agenzia, quanto l'utilizzo di un diverso test di imputazione della condotta illecita (v. J. DE CONINCK, *op. cit.*) avrebbero consentito di accertare con maggiore accuratezza il ruolo di quest'ultima nelle operazioni di rimpatrio e, quindi, valutare meglio la natura del suo coinvolgimento (con rilevanti conseguenze anche in punto di accertamento del nesso di causa).

Da ultimo, una soluzione maggiormente complessa potrebbe invece essere quella prospettata dalla stessa Frontex nell'ambito delle argomentazioni a sostegno dell'inammissibilità del ricorso (v. par. 3.1). In sostanza, i ricorrenti avrebbero potuto impugnare con ricorso per annullamento la relazione conclusiva della procedura svolta dal responsabile per i diritti umani dell'Agenzia e, contestualmente, agire *ex art.* 340 par. 2, TFUE per ottenere un risarcimento del danno subito.

È chiaro che un siffatto rimedio rappresenta una soluzione, da un lato, meno immediata, implicando l'esperimento di un duplice ricorso, e, dall'altro, "limitata", in quanto strettamente correlata all'attività del responsabile per i

diritti fondamentali e non tanto all'azione di Frontex in generale (con conseguenze rilevanti in punto di identificazione del danno lamentabile). Ciò non toglie, tuttavia, che le probabilità di successo potrebbero essere più alte e, conseguentemente, maggiore sarebbe anche l'effettività della tutela assicurabile.

### **Abstract (ita)**

Il contributo, prendendo le mosse dall'analisi della pronuncia resa dal Tribunale nella causa *WS e a. c. Frontex* – che trova origine da un ricorso *ex art. 340, par. 2, TFUE*, promosso da alcuni richiedenti asilo siriani –, si propone di ragionare sulla sussistenza o meno di strumenti di natura giurisdizionale efficaci per far valere la responsabilità dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex) per le violazioni dei diritti umani commesse durante le sue operazioni. L'analisi si sofferma sull'*iter* argomentativo della decisione, cercando di prospettare soluzioni interpretative alternative, in grado di assicurare una forma di tutela di natura giurisdizionale direttamente nei confronti dell'Agenzia.

### **Abstract (eng)**

Starting from the analysis of the judgment rendered by the General Court in the case *WS and others v Frontex*, the article aims to consider the existence or absence of effective judicial instruments to assert the responsibility of the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders (Frontex) for human rights violations committed during its operations. The analysis focuses on the reasoning of the decision, attempting to propose alternative interpretative solutions capable of ensuring a form of judicial protection directly against the Agency.



CONCLUSIONI DELL'AG ČAPETA NELLE CAUSE KS/KD (C29/22 P E C44/22 P) E NEVES (C351/22) DEL 23 NOVEMBRE 2023, OVVERO COME LA CGUE DOVREBBE ASSICURARSI CHE “QUALSIASI TRENO CHE POSSA ARRIVARE A STRASBURGO DEVE PRIMA FERMARSI A LUSSEMBURGO”?

Cristina Contartese (Ricercatore – RTDB, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”) – 1° febbraio 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fatti all'origine delle due cause. – 3. La giurisdizione della CGUE nella PESC: dal parere 2/13 ai nuovi negoziati per l'adesione dell'UE alla CEDU. – 4. Cosa è escluso dalla competenza della CGUE in ambito PESC? – 5. Il costo dell'interpretazione suggerita dall'AG Čapeta e il vano sforzo di far passare tutti i treni da Lussemburgo. – 6. Considerazioni conclusive.

**1.** All'indomani del parere 2/13 del 18 dicembre 2014, con cui la Corte di giustizia dell'UE (CGUE) ha sostanzialmente bloccato il processo di adesione dell'UE alla CEDU, numerose sono state le reazioni della dottrina che ne valutavano negativamente l'impatto sulla tutela multilivello dei diritti umani in Europa. Una tra le principali critiche rivolte alla Corte è stata quella di voler proteggere il suo “orticello” dalla “minacciosa” presenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU). È così che è diventato celebre l'aggettivo che il prof. De Witte ha utilizzato per descrivere la CGUE: “selfish”. Termine che in sé racchiude i timori di una Corte, quella di Lussemburgo, nei confronti di altri tribunali e corti internazionali, tra cui quella con sede a Strasburgo. Sulla scia di questo dibattito non sono mancate, inevitabilmente, le voci di coloro i quali si interrogavano sul reale motivo che si celerebbe dietro il ragionamento giuridico della CGUE: la Corte starebbe realmente tutelando “gli elementi essenziali” dell'ordinamento giuridico dell'Unione oppure, dietro tale protezione, si nasconderebbe, in realtà, il bisogno di mettere in chiaro che sia lei, la CGUE, e non la Corte EDU, l'unica e sola “bocca” del diritto dell'UE?

Le recenti conclusioni dell'AG Tamara Čapeta nelle cause C-29/22 P, *KS/KD*, e C-351/22, *Neves*, entrambe pubblicate il 23 novembre 2023, se lette alla luce di questo interrogativo, sembrano offrire una risposta inequivocabile in tema PESC: sì, deve essere la CGUE a pronunciarsi sul diritto dell'UE in merito ai diritti fondamentali, pilastro intergovernativo e non, prima che lo possa fare la Corte EDU.

Come è noto, l'art. 24, par. 1 TUE, in merito al ruolo della CGUE in

ambito PESC, specifica che “[l]a Corte di giustizia dell’Unione europea *non è competente riguardo a tali disposizioni, ad eccezione* della competenza a controllare il rispetto dell’articolo 40 del presente trattato e la legittimità di talune decisioni, come previsto dall’articolo 275, secondo comma del trattato sul funzionamento dell’Unione europea” (corsivo aggiunto). Quest’ultimo ribadisce nuovamente che la competenza della Corte è limitata “a controllare il rispetto dell’articolo 40 del trattato sull’Unione europea e a pronunciarsi sui ricorsi, proposti secondo le condizioni di cui all’articolo 263, quarto comma del presente trattato, riguardanti il *controllo della legittimità* delle decisioni che prevedono  *misure restrittive* nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2 del trattato sull’Unione europea” (corsivo aggiunto).

Nonostante l’interpretazione testuale degli articoli 24 TUE e 275 TFUE porti a suggerire che, in ambito PESC, le due sole eccezioni siano il controllo sul rispetto dell’art. 40 TUE al fine di prevenire che atti PESC possano compromettere le altre politiche dell’Unione, e il controllo di legittimità degli atti PESC riguardanti misure restrittive *ex art.* 263 TFUE, la CGUE, a partire dal 2014 (stesso anno del parere 2/13), ha interpretato restrittivamente i limiti alla propria giurisdizione. In particolare, la CGUE ha statuito di essere competente a pronunciarsi sulla validità di misure restrittive in un procedimento pregiudiziale (sentenza del 28 marzo 2017, causa C72/15, *Rosneft*); conoscere di un ricorso per risarcimento nei confronti dell’UE per danni a singoli causati da misure restrittive (sentenza del 6 ottobre 2020, causa C134/19 P, *Bank Refah Kargaran c. Consiglio*); statuire sui ricorsi per annullamento nel contesto di un appalto pubblico e per la gestione del personale nell’ambito di missioni civili PESC (sentenza del 12 novembre 2015, causa C439/13 P, *Elitaliana c. Eulex Kosovo*; sentenza del 19 luglio 2016, C455/14 P, *H c. Consiglio e a.*); nonché essere competente in merito alla conclusione di accordi internazionali in materia PESC sulla base dell’articolo 37 TUE (sentenza del 24 giugno 2014, causa C658/11, *Parlamento c. Consiglio*, “Mauritius”).

Rispetto a questa ricca giurisprudenza, le cause oggetto delle Conclusioni qui esaminate, pur riguardando la portata delle competenze della CGUE in ambito PESC, pongono nuovi interrogativi. Per la prima volta, nelle cause riunite *KS/KD*, la richiesta di risarcimento per presunte violazioni dei diritti fondamentali poste in essere dall’Unione non riguarda misure restrittive, ma l’operato di una missione civile, mentre la causa *Neves* concerne una domanda pregiudiziale avente ad oggetto l’interpretazione, e non la validità, di una decisione PESC. Nel rispetto dei limiti di spazio qui consentiti, il

nostro commento solleva, nello specifico, due domande tra loro collegate: che ruolo riveste, nell'analisi giuridica dell'AG Čapeta, il processo di adesione dell'UE alla CEDU? E con quale risultato? Il presente commento si apre con una sintesi dei principali elementi fattuali dei due casi, e si chiude offrendo alcune osservazioni sulla potenziale relazione esistente tra competenze della CGUE e adesione dell'Unione alla CEDU.

2. Le cause riunite C29/22 P e C44/22 P nascono dalla richiesta di risarcimento dei ricorrenti, KS e KD, per l'operato di "Eulex Kosovo", missione civile istituita nel 2008 dall'azione comune 2008/124 nell'ambito delle competenze dell'Unione in materia di politica di sicurezza e di difesa comune (PESD). KS e KD proponevano un ricorso per responsabilità extracontrattuale dell'UE relativamente alla presunta inadeguatezza delle indagini su reati rimasti irrisolti che coinvolgevano i loro familiari, in relazione ai quali Eulex Kosovo era competente. Il ricorso veniva presentato, inizialmente, dinanzi al Tribunale dell'UE che si dichiarava incompetente (ordinanza del 10 novembre 2021, T771/20, *KS e KD c. Consiglio e a.*). L'ordinanza del Tribunale era, in seguito, impugnata dinanzi alla CGUE sia da KS e KD che dalla Commissione. La CGUE è, in sostanza, chiamata a decidere se il ricorso per responsabilità extracontrattuale dell'Unione, dovuta all'operato di una missione civile sia ammissibile, e in caso di risposta affermativa, annullare l'ordinanza del Tribunale e rinviare la causa dinanzi a quest'ultimo affinché statuisca sul merito del ricorso.

Il secondo caso riguarda le sanzioni, nello specifico ammenda e confisca, comminate dalla Romania nei confronti di Neves 77 Solutions SRL ("Neves"), in attuazione di misure restrittive adottate in risposta all'aggressione dell'Ucraina da parte della Federazione russa, e introdotte dalla decisione 2014/512/PESC. Neves, ritenendo che la vendita di stazioni radio come intermediario non rientri nei beni oggetto di sanzioni ai sensi della decisione PESC, ha impugnato il verbale di contravvenzione dinanzi al giudice rumeno che si è rivolto alla CGUE, *ex* articolo 267 TFUE, per la corretta interpretazione dell'atto PESC in questione. Nello specifico, viene chiesto alla Corte di stabilire la legittimità dell'atto PESC alla luce del principio della certezza del diritto, del principio *nulla poena sine lege* e del diritto di proprietà (prima e seconda questione), e di interpretare il significato di "operazioni di intermediazione non materialmente importati nello Stato membro" alla luce della nozione di "beni militari", ai sensi della decisione 2014/512/PESC (terza questione).

3. Nel parere 2/13, come è noto, la CGUE ha rigettato sulla base di 10 motivi la bozza di accordo sull'adesione dell'UE alla CEDU. Quanto alla PESC, la CGUE concludeva che "le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione" erano state lese dall'allora progetto di adesione poiché, richiamando il parere 1/09, "la competenza ad effettuare un controllo giurisdizionale su atti, azioni od omissioni dell'Unione, anche in rapporto ai diritti fondamentali, non può essere attribuita in via esclusiva ad un organo giurisdizionale internazionale che si collochi al di fuori del quadro istituzionale e giurisdizionale dell'Unione" (parere 2/13, cit., punti 256-257). La Corte giungeva a tale conclusione pur non essendo in possesso di una competenza completa a motivo del fatto che i Trattati UE, nonostante l'importante riforma in tema PESC del Trattato di Lisbona, non la prevedessero, come gli stessi giudici di Lussemburgo ammettono (parere 2/13, cit., punti 249-253).

Diversamente, a sostenere un'interpretazione letterale dell'art. 24, par. 1, secondo comma, TUE, in combinato disposto con l'articolo 275 TFUE, è l'AG Kokott che, nella presa di posizione del 13 giugno 2014 nel parere 2/13, considerando la limitazione di competenza come regola, e non eccezione, ritiene che si possa "riconoscere la giurisdizione di un giudice internazionale le cui competenze in un determinato settore – nella specie, quello della politica estera e di sicurezza – sopravanzino quelle dell'istituzione dell'Unione che risponde al nome di Corte di giustizia dell'Unione europea" (AG Kokott, parere 2/13, cit., par. 191).

Il parere 2/13 ha, in sostanza, aperto solamente una ulteriore pausa nell'ambito del processo di adesione dell'UE alla CEDU. Come è noto, infatti, i negoziati per un nuovo accordo sono iniziati nel settembre 2020. Attualmente, tutte le questioni sollevate dalla Corte nel suo parere 2/13 sono state rinegoziate e concluse, ad eccezione della PESC, per la quale è stato convenuto che l'UE lo risolva internamente e tenga informato il Consiglio d'Europa sui progressi raggiunti.

Le conclusioni dell'AG Čapeta oggetto di analisi si collocano in tale dibattito, come ella stessa afferma: "la questione della portata della limitazione della competenza dei giudici dell'Unione nella PESC ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 1, TUE e dell'articolo 275 TFUE si inserisce nel contesto più ampio dei negoziati sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU" (*KS/KD*, cit., par. 24; si veda anche *KS/KD*, cit., parr. 25-26, 145-153; *Neves*, cit., par. 4). Una sezione specifica (*KS/KD*, cit., parr. 145-153) è dedicata a "quale sarebbe l'impatto di tale soluzione [in altre parole, l'interpretazione estensiva della competenza della Corte da lei proposta] sulla futura adesione dell'Unione europea alla CEDU" (*KS/KD*, cit., par. 147). L'AG nota che l'in-

interpretazione estensiva della competenza della Corte a conoscere dei ricorsi per il risarcimento di danni in ambito PESC avrebbe il vantaggio di chiarire la portata della giurisdizione della CGUE in ambito PESC, che non era stata risolta dal parere 2/13. Di conseguenza, la CGUE avrebbe modo di pronunciarsi anche sugli atti PESC, soddisfacendo, osserva ancora l'AG, "l'esigenza costituzionale di salvaguardia della sua autonomia" (*KS/KD*, cit., par. 150).

Prima ancora di soffermarsi, nella sezione finale, sulle conseguenze per la relazione tra le due corti europee, in realtà, spiega l'AG Čapeta, "[d]ato che i giudici nazionali non avrebbero la possibilità di sottoporre rinvii pregiudiziali alla Corte, l'interpretazione dei diritti derivanti dalla Carta, quando applicata a misure PESC, potrebbe divergere. Siffatte divergenze sarebbero risolte, *in ultima istanza, dalla [Corte EDU]*, alla quale i singoli possono decidere di rivolgersi qualora ritengano che i loro diritti umani non siano stati adeguatamente tutelati" (*KS/KD*, cit., par. 139) (corsivo aggiunto). L'ipotesi che possa essere la Corte EDU a garantire l'interpretazione uniforme per gli Stati membri dell'Unione sembra da respingere, secondo l'AG Čapeta, che, tuttavia, non ne spiega i motivi. Diversamente, l'AG Kokott aveva osservato che "anche l'effettività della tutela giurisdizionale per i singoli non viene indebolita dal riconoscimento di una giurisdizione internazionale [Corte EDU], bensì rafforzata" (AG Kokott, parere 2/13, cit., par. 193). Tale questione avrebbe quantomeno meritato un approfondimento, tuttavia, l'AG Čapeta sembra leggerla rapidamente alla luce del parere 2/13.

Dal punto di vista procedurale, insomma, l'AG Čapeta mette in evidenza che l'interpretazione estensiva delle competenze della CGUE permetterebbe a quest'ultima di statuire sulla presunta violazione dei diritti umani prima che la Corte EDU possa farlo, poiché dovranno essere esperiti i mezzi di ricorso dinanzi alla CGUE affinché un ricorso possa essere dichiarato ricevibile dalla Corte EDU. Questo scenario, aggiunge infine l'AG, viene sintetizzato dalla "pittoresca descrizione" offerta dal governo ceco: "qualsiasi treno che possa arrivare a Strasburgo deve prima fermarsi a Lussemburgo" (*KS/KD*, cit., par. 150). Tuttavia, è corretto che considerazioni relative al processo di adesione dell'UE alla CEDU, seppur marginali, abbiano spazio laddove ciò di cui si dibatte è la portata delle competenze della CGUE?

4. Fin dal caso *Mauritius*, del giugno 2014, la Corte aveva posto l'accento su un'interpretazione degli articoli 24, par. 1, secondo comma, ultimo periodo, TUE e 275, primo comma, TFUE secondo cui tali disposizioni sono una deroga alla competenza generale della CGUE *ex art. 19 TUE*, e pertanto devono essere interpretate restrittivamente (sentenza *Mauritius*, cit., punti

69-70). Le conclusioni dell'AG Bot nella causa *Mauritius* (AG Bot, *Mauritius*, cit., par. 134-136) sono in netta contrapposizione con l'interpretazione estensiva della CGUE così come quelle dell'AG Wahl nella causa *H* (AG Wahl, *H*, cit., par. 36, 64). Diversamente, nelle Conclusioni relative alle altre cause concernenti la giurisdizione della CGUE in ambito PESC, gli AG si allineano all'interpretazione della Corte che interpreta i limiti alla sua giurisdizione nella PESC come eccezione, enfatizzando l'esistenza di principi costituzionali comuni. Emerge, quindi, che la precisa limitazione della giurisdizione della Corte è fonte di aperta discussione all'interno della stessa Corte, ed è in questo dibattito che le Conclusioni dell'AG Čapeta si inseriscono.

In merito alla natura della PESC, l'analisi dell'AG Čapeta si apre rifacendosi a quanto affermato dalla CGUE in *Bank Refah* sulle novità introdotte dal Trattato di Lisbona che avrebbero posto "fine alla dissociazione tra la vecchia Comunità europea e l'Unione europea" (*KS/KD*, cit., par. 74). L'evoluzione della PESC comporta che quest'ultima sia inclusa nel quadro costituzionale dell'Unione e che quindi "i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dell'Unione [quali, lo Stato di diritto, il principio della tutela giurisdizionale effettiva e la tutela dei diritti umani] si applicano anche a tutte le attività di quest'ultima intraprese nell'ambito di tale politica" (*KS/KD*, cit., par. 77) alla luce dell'art. 23 TUE. Quest'ultimo, sancendo che l'azione dell'UE sulla scena internazionale "si fonda sui principi, persegue gli obiettivi ed è condotta in conformità delle disposizioni generali" del TUE, costituisce l'anello di congiunzione tra la PESC e i principi generali e valori dell'UE. In sostanza, il risultato dell'analisi è fortemente influenzato dall'inclusione dell'art. 23 TUE nell'interpretazione degli artt. 24 TUE e 275 TFUE, e di conseguenza, i "principi fondamentali del diritto costituzionale dell'Unione, segnatamente lo Stato di diritto, la tutela giurisdizionale effettiva e la tutela dei diritti umani, (...) giustificano le sentenze della Corte nelle quali essa ha statuito che la limitazione della sua competenza di cui all'articolo 24, paragrafo 1, TUE e all'articolo 275 TFUE costituisce un'eccezione, e non la regola, dovendo quindi essere interpretata restrittivamente" (*KS/KD*, cit., par. 90).

Inoltre, l'AG richiama la nozione di "political question", secondo cui una corte non ha competenza a decidere questioni la cui natura non sia giuridica, mettendo in rilievo che sebbene la "limitazione della competenza dei giudici dell'Unione potrebbe (...) essere intesa come una sorta di codificazione della "dottrina delle questioni politiche" (*KS/KD*, cit., par. 113), così non è. L'AG spiega che "[p]oiché la violazione di un diritto fondamentale



non può costituire una scelta politica, i giudici dell'Unione devono essere in grado di controllare se tale limite sia stato superato" (*KS/KD*, cit., par. 115).

In realtà, sebbene il ragionamento dell'AG si sia aperto con un chiaro riferimento alla sentenza *Bank Refah* la sua analisi va oltre poiché, mentre quest'ultima concerne misure restrittive ai sensi degli artt. 24 TUE e 275 TFUE, il caso *KS/KD* è differente. Come già ricordato, non si tratta di misure restrittive, ma di presunte violazioni dell'UE nel contesto di una missione civile. Eulex Kosovo sfuggirebbe, quindi, all'applicazione dell'art. 275 TFUE. Nonostante ciò, l'AG Čapeta propone di estendere ulteriormente la competenza della Corte in materia PESC fino a farvi rientrare "tutte le misure PESC che limitano i diritti dei singoli" (*KS/KD*, cit., par. 132). Attraverso "una spiegazione semplicistica", come l'AG Čapeta riconosce, ella motiva la scelta dei redattori dei Trattati UE di includere nel testo dell'art. 275 TFUE i soli ricorsi di annullamento poiché "all'epoca dell'adozione del trattato di Lisbona, per effetto della giurisprudenza *Kadi* eventuali violazioni dei diritti dei singoli mediante misure restrittive costituivano un esempio lampante" (*KS/KD*, cit., par. 132; per un'interpretazione restrittiva della nozione "misure restrittive" ex art. 275 TFUE, si veda AG, *H*, cit., par. 73-75, 79-80). Neppure il richiamo alle sentenze *Elitaliana* e *H* (*KS/KS*, cit., par. 63-66, 90), già ricordate, appare convincente dal momento che queste, pur nel contesto di una missione civile UE, riguardano ricorsi, rispettivamente, per un appalto pubblico e per la gestione del personale, implicanti, in sostanza, atti non-PESC.

Rimane pertanto una domanda ancora a cui l'AG Čapeta offre la propria prospettiva: "Cosa è escluso dalla competenza dei giudici dell'Unione in materia di PESC?" (*KS/KD*, cit., titolo della sezione 4). La risposta pone l'accento sulla tutela dei diritti fondamentali nel senso che, nel momento in cui questi ultimi siano al centro del controllo di legittimità di atti PESC, "i giudici dell'Unione non possono esimersi totalmente dall'interpretazione di norme in materia di PESC, dato che si tratta di una condizione preliminare alla valutazione della loro conformità a tali diritti" (*KS/KD*, cit., par. 122). In sostanza, "[l]a limitazione di competenza non può spingersi fino a escludere il controllo di conformità delle misure PESC con i diritti fondamentali" (*KS/KD*, cit., par. 121).

Sono esclusi, per contro, il controllo di conformità di atti PESC con le disposizioni dei Trattati UE e l'interpretazione delle norme primarie in materia di PESC così come degli atti PESC (*KS/KD*, cit., par. 122). Come l'AG Čapeta ammette, "Tale limitazione della competenza ha necessariamente un prezzo in termini di uniformità del diritto in materia di PESC. Nella misura



in cui [una nozione] può acquisire un significato dinanzi ai giudici di uno Stato membro e un diverso significato dinanzi ai giudici di un altro Stato membro” (*Neves*, cit., par. 77). La soluzione che l’AG offre è quella della modifica dei Trattati osservando che “[s]e alla Corte dev’essere attribuita la funzione di garantire l’uniformità, nel modo in cui il Trattato FUE gliela conferisce, la limitazione della competenza basata sulle due disposizioni in esame dovrà essere eliminata mediante una modifica dei Trattati” (*Neves*, cit., par. 77).

Di conseguenza, aggiunge l’AG Čapeta, in assenza della necessità di tutelare i diritti fondamentali, la CGUE, se chiamata a garantire l’interpretazione uniforme del diritto UE in ambito PESC, non potrebbe esercitare la sua competenza (interpretativa) nel contesto di un rinvio pregiudiziale. È questa l’ipotesi della causa *Neves* dove, appunto, l’AG conclude proponendo di escludere che la CGUE possa interpretare “operazioni di intermediazione che non siano materialmente importate nello Stato membro” come rientranti o meno nella nozione di “beni militari” ex decisione 2014/512/PESC. Pertanto, l’AG Čapeta, offrendo una lettura estensiva della portata della competenza della CGUE quando gli atti PESC siano da valutare o interpretare alla luce dei diritti fondamentali, in *KS/KD*, suggerisce alla Corte di annullare l’ordinanza del Tribunale e rinviare la causa a quest’ultimo (*KS/KD*, cit., par. 159), mentre, in *Neves*, ritiene che la CGUE non possa interpretare un atto PESC se non sussiste l’esigenza di garantirne la legittimità (*Neves*, cit., par. 82). Questo risultato viene raggiunto, quindi, ignorando di fatto il dato testuale dell’art. 275, secondo comma TFUE così da depennare l’espresso riferimento alle “*measure restrittive*” in esso contenuto, nel primo caso, e rinunciando all’uniformità del diritto UE, nel secondo.

5. Alla precedente domanda, “Cosa è escluso dalla competenza di giudici dell’Unione in materia di PESC?”, ci sembra che, in sostanza, secondo l’AG Čapeta, la risposta vada riassunta con un sintetico “tutto ciò che non riguarda la tutela dei diritti fondamentali”. Come anticipato, l’AG Čapeta raggiunge questo risultato, in primo luogo, snaturando la specificità della PESC e le ragioni che sottendono alla sua natura intergovernativa. In merito agli Stati membri, si potrebbe osservare che la maggior parte di questi si siano espressi a favore di una giurisdizione estensiva della Corte nelle cause qui esaminate. Quanto agli Stati intervenienti nei procedimenti dinanzi alla CGUE, infatti, solamente la Francia sostiene una interpretazione degli artt. 24 TUE e 275 TFUE “alla luce del loro tenore letterale” (*KS/KD*, cit., par. 110), mentre gli altri governi (Austria, Belgio, Repubblica Ceca, Finlandia,

Lussemburgo, Paesi Bassi, Romania e Svezia), a sostegno della Commissione, avallano la giurisdizione della Corte laddove si verificano potenziali violazioni di diritti fondamentali nel settore della PESC (KS/KD, cit., par. 105). Sebbene secondo l'AG Čapeta, la sua lettura dell'art. 275 TFUE sia una "interpretazione, e non modifica, dei trattati" (KS/KD, cit., parr. 93-104; per una breve analisi della questione, si rimanda a F. BANDINI, F., W. BRUNO, *The train shall stop in Luxembourg*: AG Čapeta stands for fundamental rights jurisdiction in CFSP action (Joined cases KS and KD C-29/22 P and C-44/22 P), in *EU Law Live*, 5 December 2023), ci sembra che un tale processo di "comunitarizzazione" della PESC non debba avvenire attraverso i procedimenti dinanzi alla CGUE. La volontà di emendare la natura intergovernativa della PESC, e conseguentemente il ruolo delle istituzioni dell'Unione al suo interno, spetta esclusivamente agli Stati membri nell'ambito delle procedure *ad hoc* stabilite dai Trattati UE a tale fine. Facendo nostra la domanda sollevata da BARTOLONI in merito al caso *Bank Refah*, e prendendo atto del forte approccio integrazionista dell'AG Čapeta, "are we moving towards a creeping communitarisation of the CFSP?"

Inoltre, una contraddizione di fondo nel ragionamento dell'AG Čapeta consiste nel porre la tutela giurisdizionale effettiva all'apice dell'ordinamento dell'UE tralasciando di interpretare gli atti PESC al fine di preservarne, parzialmente, la natura peculiare. Questa eccessiva attenzione verso la tutela giurisdizionale effettiva nella PESC, che non è nuova alla CGUE (si veda, in particolare, S. POLI, *The Right to Effective Judicial Protection with Respect to Acts Imposing Restrictive Measures and its Transformative Force for the Common Foreign and Security Policy*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 1045 ss.), stride, tuttavia, con quanto la stessa Corte ci ha insegnato sull'ordinamento dell'UE. Al suo interno, la CGUE ha individuato una serie di principi di natura strutturale che, sebbene non codificati nei Trattati UE, rivestono un'importanza pari ai valori *ex art. 2 TUE*. Si pensi, a titolo esemplificativo, al ruolo che, nel parere 2/13, la dottrina *Melloni* ha rivestito nel prevenire che l'art. 53 CEDU possa permettere agli Stati membri di mantenere standard di tutela dei diritti umani più elevati in presenza di norme UE completamente armonizzate, e al principio di mutua fiducia che vincola gli Stati membri anche quando questi ultimi potrebbero assicurare una maggiore protezione dei diritti umani (si veda C. CONTARTESE, *The Autonomy of the EU Legal Order in the CJEU's External Relations Case-law: From the 'Essential' to the 'Specific Characteristics' of the Union and back again*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 1627 ss.). Nonostante ciò, l'AG è pronta a sacrificare l'uniformità del diritto UE, ma non la tutela giurisdizionale.

Tuttavia, nemmeno snaturando il significato dell'art. 275 TFUE, fino a farvi rientrare tutti gli atti PESC la cui validità e interpretazione sono in discussione alla luce dei diritti fondamentali, la CGUE, se facesse proprie le conclusioni dell'AG Čapeta, potrebbe giungere a far passare tutti i treni da Lussemburgo. Come ricorda BUTLER, la PESC non è solo fatta di misure restrittive e di missioni civili, ma comprende molto di più: “a legal basis for CSDP missions, the legal basis of three EU agencies, the legal basis for restrictive measures (sanctions) to bind Member States, a legal basis for certain types of international agreements (treaties), the legal basis for permanent structured cooperation of select Member States, and other related initiatives (e.g., the European Peace Facility) to be decided at any point in time”. In sostanza, quindi, in ambito PESC sono destinati a permanere alcuni limiti alla giurisdizione della Corte (si veda P. VAN ELSUWEGE, *Judicial Review and the Common Foreign and Security Policy: Limits to the Gap-filling Role of the Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 1731 ss.).

6. L'interpretazione estensiva delle competenze della CGUE suggerita dall'AG Čapeta pur essendo, da un lato, da apprezzare, in quanto capace di colmare una lacuna giurisdizionale in favore delle vittime di violazioni di diritti fondamentali, dall'altro, appare anche lo strumento indispensabile per garantire un ruolo alla Corte di Lussemburgo prima ancora che possa esercitarlo la Corte di Strasburgo.

Detto ciò, dove bisogna tracciare la linea di confine tra principi costituzionali *comuni* alla PESC e alle altre politiche, e quelli che non lo sono? Come afferma HALBERSTAM, in merito al ragionamento giuridico della CGUE sulla questione PESC nel parere 2/13, “Strasbourg would effectively have become the European Union’s constitutional court”. Allora, come adesso, sembra che la preoccupazione della CGUE, come percepita in dottrina, sia rimasta invariata e che l'AG Čapeta se ne sia fatta la portavoce. Infatti, sebbene l'AG Čapeta abbia inserito considerazioni relative al processo di adesione dell'UE alla CEDU nella parte finale delle sue Conclusioni al fine di metterne in rilievo le conseguenze sul rapporto tra le due corti europee, a nostro parere, tali osservazioni hanno rivestito un ruolo, seppur marginale, nel corso dell'analisi, come messo in rilievo nel nostro breve commento (si veda, in particolare, *KS/KD*, cit., parr. 24, 139). Crediamo, invece, che così non dovrebbe essere e auspichiamo, pertanto, che l'adesione dell'UE alla CEDU non abbia nessun impatto sul ragionamento giuridico della CGUE. Quest'ultima dovrebbe ben separare, insomma, l'analisi delle sue competenze in ambito PESC dai potenziali risvolti sul processo di adesione.

Inoltre, la “modifica” all’art. 275 TFUE, travestita da interpretazione, ha come prezzo il parziale snaturamento di alcuni elementi intergovernativi della PESC, in cui gli Stati membri hanno voluto, *inter alia*, attribuire un maggiore ruolo al giudice nazionale rispetto alla CGUE, nonché una mancanza di coerenza nell’individuazione degli elementi essenziali dell’ordinamento UE e la relazione tra loro esistente, come indicati dalla giurisprudenza della CGUE. Infine, se nel ragionamento giuridico dell’AG Ćapeta un collegamento esiste tra interpretazione estensiva e processo di adesione alla CEDU, lo scopo di precludere alla Corte EDU di statuire prima del giudice di Lussemburgo non è ancora stato raggiunto.

### Abstract (ita)

Le conclusioni dell'AG Čapeta in *KS/KD* e *Neves* si inseriscono nel dibattito relativo alla portata delle competenze della CGUE in ambito PESC ponendo nuovi interrogativi. Per la prima volta, nelle cause riunite *KS/KD*, la richiesta di risarcimento per presunte violazioni dei diritti fondamentali poste in essere dall'UE non riguarda misure restrittive, ma l'operato di una missione civile, mentre la causa *Neves* concerne una domanda pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione, e non la validità, di una decisione PESC. Il nostro breve commento si limita a sollevare due domande tra loro collegate: che ruolo riveste, nell'analisi giuridica dell'AG Čapeta, il processo di adesione dell'UE alla CEDU? E con quale risultato? Si metterà in evidenza che, sebbene l'AG Čapeta abbia inserito considerazioni relative al processo di adesione dell'UE alla CEDU nella parte finale delle sue Conclusioni al fine di metterne in rilievo le conseguenze sul rapporto tra le due corti europee, sembra sia mancata, nella sua analisi, una netta separazione tra la portata delle competenze della Corte in ambito PESC dai suoi potenziali risvolti sul processo di adesione.

### Abstract (eng)

*KS/KD* and *Neves* raise new questions within the debate on the CJEU's competence in the field of CFSP. In *KS/KD*, for the first time, the action for damages does not concern restrictive measures, but the operation of Eulex Kosovo mission. In *Neves*, the issue at stake is a preliminary question on the interpretation – not the validity – of a CFSP decision. Two intertwined questions are the focus of our short paper: in the analysis of AG Čapeta, which role, if any, does the EU accession to the ECHR exert? Which are its consequences? It will be pointed out that, even if AG Čapeta devotes an entire section to this issue in the last part of her Opinion, in reality, what seems to be missing is a clear-cut separation between the examination of the CJEU's competence and its practical consequences on the accession process.

CITTADINANZA EUROPEA: IL DIRITTO DI ELEGGIBILITÀ DEI CITTADINI “MOBILI” DELL’UNIONE TRA GARANZIE E LIMITI. ALCUNE CONSIDERAZIONI A MARGINE DELLE CONCLUSIONI DELL’AVVOCATO GENERALE RICHARD DE LA TOUR NELLE CAUSE C-808/21 E C-814/21

Federica Eroico (Dottoranda di ricerca in diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Napoli Federico II) – 11 marzo 2024

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I ricorsi presentati dalla Commissione europea. – 3. La posizione dell’Avvocato generale. – 3.1. Il fondamento del ricorso. – 3.2. La restrizione all’esercizio dei diritti elettorali. – 3.3. L’argomento relativo alla protezione dell’identità nazionale. – 4. Il limite all’esercizio del diritto di aderire a un partito politico: disparità di trattamento e restrizione del diritto alla libertà di associazione. – 5. Considerazioni conclusive: quali prospettive per una coscienza politica europea?

1. Il legame particolarmente stretto intercorrente tra il diritto di elettorato attivo e passivo ed il diritto di libera circolazione e soggiorno dei cittadini, non è certo una novità nel processo di integrazione europea.

Già negli anni Settanta, le istituzioni della (allora) Comunità ritenevano, infatti, che l’esclusione dei diritti civili e politici, per i cittadini degli Stati membri residenti in un altro Stato membro (i cosiddetti cittadini “mobili” dell’Unione), fosse in contraddizione con il principio della libera circolazione delle persone e con gli obiettivi politici della Comunità (Boll. CE, suppl. 3/1976. V. in proposito, C. CURTI GIALDINO, *Il suffragio attivo e passivo alle elezioni comunali dei cittadini dell’Unione europea residenti in uno Stato membro diverso da quello di origine: ricostruzione della disciplina vigente e proposte di modifica*, in *rivista.eurojus.it*, n. 4, 2021, p. 26).

Tuttavia, il Trattato istitutivo della Comunità europea escludeva ogni forma di coinvolgimento del cittadino di uno Stato membro nella vita politica o comunque nei processi concorrenti alla manifestazione della volontà sovrana di un diverso Stato membro, quand’anche si fosse anche quello di residenza (M. CONDINANZI, *Articolo 22 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 511).

Una svolta decisiva si è avuta con il Trattato di Maastricht del 1992, che ha istituito la cittadinanza dell’Unione e ha attribuito ai cittadini degli Stati membri uno *status* privilegiato e differenziato rispetto a quello dei cittadini di Stati terzi, riconoscendo un nucleo essenziale di posizioni soggettive, tra cui una serie di diritti politici ed elettorali. Più precisamente, con l’allora art. 8 B del

Trattato CE (oggi art. 22 TFUE) è stato riconosciuto ad “ogni cittadino dell’Unione residente in uno Stato membro di cui non è cittadino” il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro di residenza, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato.

Il legislatore europeo ha poi dato attuazione e concretezza a tali diritti adottando delle disposizioni che ne disciplinano l’esercizio ovvero le direttive 93/109 (per le elezioni al Parlamento europeo) e 94/80 (per le elezioni comunali), che rappresentano ancora oggi gli atti principali in materia.

Tali direttive sono state recentemente oggetto di attenzione da parte della Commissione europea che, con il pacchetto legislativo cosiddetto “Democrazia e Trasparenza”, presentato il 25 novembre 2021, ne ha proposto un aggiornamento, elaborando delle modifiche volte a chiarire e rafforzare le norme esistenti per affrontare le difficoltà incontrate dai cittadini dell’Unione nell’esercizio dei diritti di voto e di eleggibilità.

A tal fine, le proposte (COM (2021) 732 final e COM (2021)733 final) valorizzano uno standard di informazione più elevato e propongono di imporre agli Stati membri l’obbligo di nominare autorità per tenere al corrente i cittadini mobili dell’Unione delle condizioni e delle regole per la registrazione come elettore o candidato rispettivamente alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali.

Per quanto attiene, in particolare, all’adesione ai partiti politici, è interessante notare che il Parlamento europeo, in una risoluzione legislativa del 14 febbraio 2023 sulla proposta di direttiva relativa alle modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo, ha proposto un emendamento che vede l’inserimento di un nuovo considerando (11 *bis*) in cui si legge: “Per consentire ai cittadini dell’Unione residenti in uno Stato membro di cui non sono cittadini di essere effettivamente eleggibili alle elezioni del Parlamento europeo, i partiti politici nazionali dovrebbero essere incoraggiati a non subordinare l’adesione dei loro membri alla cittadinanza di tale Stato membro”.

Sebbene il proponimento del legislatore europeo appaia positivo, in concreto potrà produrre effetti sostanzialmente limitati.

Ciò in quanto l’adesione ai partiti politici rientra nella competenza degli Stati membri, i quali sono liberi di determinare il contenuto sostanziale dei diritti elettorali nei limiti stabiliti dalle direttive.

Tuttavia, come emerge dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, essi, nell’esercizio della loro competenza, devono rispettare gli obblighi e i principi derivanti dal diritto dell’Unione e, in particolare, il principio di non discriminazione.



Di tale questione e, in particolare, del diritto di eleggibilità dei cittadini mobili dell’Unione e della possibilità per gli Stati membri di introdurre limitazioni e deroghe, intende occuparsi il presente contributo, che prende le mosse dalle recenti conclusioni dell’Avvocato generale de la Tour nelle cause C-808/21 e C-814/21, le quali offrono l’occasione per soffermarsi, in un contesto più ampio, sull’obiettivo di creare una coscienza politica europea.

2. Lo scorso 11 gennaio, l’Avvocato generale Jean Richard de la Tour, nelle sue conclusioni nelle cause C-808/21, *Commissione c. Repubblica Ceca*, e C-814/21, *Commissione c. Polonia*, ha proposto alla Corte di giustizia di dichiarare fondati i ricorsi per infrazione presentati dalla Commissione nei confronti dei due Stati membri ai quali viene contestata la previsione di alcune disposizioni di legge che precludono ai cittadini mobili dell’Unione di diventare membri di un partito politico.

Secondo la Commissione, queste previsioni limitano le possibilità per i detti cittadini di essere eletti alle elezioni comunali o del Parlamento europeo, creando una disparità di trattamento rispetto ai cittadini cechi e polacchi. Pertanto, l’istituzione UE chiede alla Corte di giustizia di dichiarare che, “negando ai cittadini dell’Unione che non hanno la cittadinanza ceca/polacca, ma risiedono nella Repubblica ceca/in Polonia, il diritto di diventare membri di un partito politico o di un movimento politico, detti Stati membri sono venuti meno ai propri obblighi derivanti dell’art. 22 TFUE”.

In entrambi i casi, che per l’identità del *petitum* possono essere illustrati congiuntamente, l’Avvocato generale ha proposto alla Corte di dichiarare i ricorsi fondati, ritenendo che le normative nazionali in esame, operando una discriminazione fondata direttamente sulla cittadinanza, si pongano in violazione dell’art. 22 TFUE.

Tanto premesso, in attesa della pronuncia della massima giurisdizione dell’Unione, si mostra interessante provare a valutare se, come sostenuto dalla Commissione e condiviso dall’Avvocato generale, Polonia e Repubblica ceca siano andate oltre il margine di discrezionalità loro concesso dal diritto dell’Unione o, se invece, come affermato da questi Paesi, la limitazione dell’adesione ai partiti politici ai soli cittadini nazionali sia misura giustificata ai sensi dell’art. 4, par. 2, TUE.

3. Al fine di analizzare nel merito i ricorsi proposti dalla Commissione, si procederà nel medesimo ordine seguito dall’Avvocato Generale de la Tour nelle sue conclusioni. Dapprima sarà valutato il fondamento stesso del ricorso per inadempimento, poi ci si soffermerà sull’esistenza o meno di una

restrizione all'esercizio dei diritti elettorali e, infine, saranno svolte considerazioni sulla possibile operabilità, nel caso *de qua*, di una giustificazione basata sul rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri.

**3.1.** Per quanto concerne il primo profilo di analisi, la Repubblica Ceca e la Polonia hanno sostenuto – sulla base di un'interpretazione letterale dell'art. 22 TFUE – che tale norma non comprenda la questione dell'adesione a un partito politico, ma sia volta soltanto ad eliminare il requisito della cittadinanza ai fini dell'esercizio del diritto di voto e di eleggibilità.

Tali Stati hanno altresì eccepito una erronea individuazione da parte della Commissione della norma del Trattato posta a fondamento del ricorso ritenendo non configurabile una violazione dell'art. 22 TFUE, applicandosi quest'ultima disposizione ai cittadini mobili soltanto quando questi acquisiscono lo *status* di elettore o di candidato a un'elezione.

Rispetto a tali argomentazioni, la Commissione, pur ammettendo che l'art. 22 TFUE non specifichi le diverse modalità concrete secondo le quali deve essere garantita la parità di trattamento, ha affermato che da tale norma discende un obbligo generale e universale di parità di trattamento, che impone agli Stati membri di vigilare affinché ai cittadini mobili dell'Unione sia consentito di votare e presentarsi alle elezioni alle stesse condizioni previste dall'ordinamento interno per i soggetti in possesso della cittadinanza nazionale. Inoltre, essa ha sostenuto che limitazioni all'esercizio del diritto di aderire ad un partito politico, ed anche di fondarlo, costituiscono chiaramente restrizioni del diritto fondamentale alla libertà di associazione, sancito dall'art. 12 della Carta dei diritti fondamentali.

Relativamente all'argomento concernente l'identificazione della norma da porre alla base del ricorso, l'Avvocato generale ha affermato che l'uguaglianza di diritti in materia elettorale discende dallo stesso *status* di cittadino dell'Unione e che, dunque, ai fini dell'attuazione dell'art. 22 TFUE, non occorre ricercare un qualsivoglia *status* particolare. In secondo luogo, egli ha sostenuto che tale norma deve essere intesa nel senso che qualsiasi ostacolo all'esercizio dei diritti elettorali al di fuori dei limiti definiti dalle direttive 93/109 e 94/80, a motivo della nazionalità, integri una discriminazione nell'ambito di applicazione dei trattati. Pertanto, a suo avviso, posto che le misure nazionali devono essere esaminate alla luce di altre disposizioni specifiche in materia di non discriminazione previste dal Trattato sul funzionamento dell'Unione, l'art. 18 TFUE, che nella ricostruzione degli Stati convenuti avrebbe dovuto costituire il fondamento della contestazione della Commissione, risulta inapplicabile.

L’Avvocato generale ha affermato, poi, che l’art. 22 TFUE deve essere interpretato tenendo conto dei due pilastri su cui esso si fonda, vale a dire la cittadinanza europea e la democrazia rappresentativa.

Relativamente al primo profilo, egli ha sottolineato come il legame dei diritti elettorali con la cittadinanza, presente nel diritto primario sin dal Trattato di Maastricht, abbia assunto una dimensione particolare in seguito alle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona, secondo cui tali diritti devono essere analizzati quali diritti fondamentali ed espressione del principio di parità di trattamento.

Per quanto attiene, invece, ai principi democratici, l’Avvocato generale ha richiamato l’art. 10 TUE, ed evidenziato come tra questi principi e i diritti di voto e di eleggibilità connessi alla cittadinanza trovi chiara espressione l’obiettivo di garantire un’effettiva rappresentatività dei cittadini mobili dell’Unione.

**3.2.** Per quanto concerne l’esistenza di una restrizione all’esercizio dei diritti elettorali, la Commissione si è soffermata sui vantaggi che l’adesione a un partito politico offre ai candidati e, all’opposto, le numerose difficoltà che, invece, devono affrontare coloro i quali si candidino al di fuori di questi.

Essa ha individuato tre tipologie di privilegi derivanti dall’appartenenza ad un partito politico, ovvero l’identificazione dei valori connessi alla tradizione del partito, le risorse dei partiti (come reti, media e sistemi di comunicazione) e i vantaggi finanziari (quali un regime fiscale speciale e l’accesso ai media).

In proposito, l’Avvocato generale ha osservato che la disparità di trattamento sotto il profilo dei diritti elettorali discende dalla semplice constatazione che, mentre i cittadini nazionali godono di due alternative per candidarsi alle elezioni, vale a dire in veste di membri di un partito politico o come candidati indipendenti, i cittadini mobili hanno unicamente quest’ultimo strumento e dunque sono costretti a presentarsi come candidati indipendenti.

**3.3.** Per quanto attiene al terzo profilo di analisi, vale a dire la possibile giustificazione del limite all’adesione ai partiti politici imposto ai cittadini mobili dell’Unione, la Polonia e la Repubblica ceca hanno richiamato l’art. 4, paragrafo 2, TUE e, in particolare, l’esigenza di proteggere gli affari politici nazionali da un’ingerenza di detti cittadini su decisioni importanti adottate in seno ai partiti ai fini delle elezioni del corpo legislativo.

La Commissione ha respinto quest’argomento, evidenziando come una

tale giustificazione contrasterebbe con lo spirito fondamentale e con le finalità delle disposizioni del Trattato in materia di cittadinanza.

Essa ha rilevato che l'obbligo di garantire la parità di trattamento (previsto all'art. 20, par. 2, lett. b) e all'art. 22 TFUE) non impedisce agli Stati membri di riservare la possibilità di presentarsi alle elezioni del corpo legislativo o di enti regionali ai titolari della cittadinanza dello Stato membro ospitante e ha concluso rilevando come i diritti elettorali dei cittadini mobili dell'Unione non possano ledere il principio del rispetto dell'identità nazionale.

L'Avvocato generale de la Tour, condividendo la posizione della Commissione, ha affermato che il rispetto dell'identità nazionale è garantito dalla circostanza per cui la partecipazione dei cittadini mobili dell'Unione è limitata alle sole elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali, senza imporre un'armonizzazione dei regimi elettorali degli Stati membri.

Inoltre, egli ha rilevato come, pur ammettendo che una lesione si verifichi, l'art. 4, par. 2, TUE, debba essere interpretato tenendo conto delle disposizioni di suo pari rango e non può dispensare gli Stati membri dal rispettare i diritti fondamentali affermati dalla Carta, tra i quali figurano il principio della democrazia e il principio di uguaglianza.

4. Al fine di stabilire se – con le restrizioni imposte – la Polonia e la Repubblica ceca abbiano oltrepassato il margine di discrezionalità loro concesso dal diritto dell'Unione, violandolo, appare utile soffermarsi sulle norme che disciplinano la materia *de qua*, valutando quali limitazioni siano consentite.

Ebbene, le norme che vengono in rilievo nel caso di specie sono, come anticipato, l'art. 20, par. 2, TFUE e l'art. 22 TFUE, i quali – per certi versi – trovano una corrispondenza negli artt. 39 e 40 della Carta dei diritti fondamentali, e l'art. 12 della Carta.

I citati art. 20, paragrafo 2, TFUE e 22 TFUE coincidono con gli artt. 39 e 40 della Carta per quanto riguarda il riconoscimento ai cittadini dell'Unione del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato.

All'opposto, tali norme divergono proprio per quanto attiene il profilo delle possibili restrizioni dei diritti elettorali.

Invero, contrariamente all'articolata formulazione dell'art. 22 TFUE – il quale afferma che “tale diritto sarà esercitato con riserva delle modalità che il Consiglio adotta, deliberando all'unanimità secondo una procedura

legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo; e che tali modalità possono comportare disposizioni derogatorie ove problemi specifici di uno Stato membro lo giustificino” – gli art. 39 e 40 della Carta non prevedono alcuna deroga o comunque limitazione che tenga conto della situazione specifica di uno Stato membro.

Deroghe invece previste, rispettivamente, all’art. 14 della dir. 93/109/CE (per quanto concerne le modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo) e all’art. 12 della dir. 94/80/CE (per quanto attiene le modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali).

Orbene, prescindendo in questa sede da un problema di compatibilità tra le direttive e la Carta – che, nel rispetto della gerarchia delle fonti, va risolto a favore della seconda – ciò su cui occorre soffermarsi è il margine di discrezionalità di cui godono gli Stati membri in materia.

Detto margine risulta particolarmente ampio, in quanto gli Stati membri, mediante la propria normativa nazionale, possono determinare quali soggetti siano inclusi nell’elettorato attivo e passivo e stabilirne i limiti.

Nondimeno, nell’esercitare i propri poteri discrezionali, in ogni caso gli Stati membri sono tenuti a rispettare il diritto dell’Unione.

Come affermato dalla Corte di giustizia (sentenza della Corte del 6 ottobre 2015, causa C-650/13, *Delvigne*, punto 46) le limitazioni all’esercizio dei diritti garantiti dalla Carta sono possibili “a condizione che esse siano previste per legge, rispettino il contenuto essenziale di tali diritti e libertà e che, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.

Di conseguenza, tutte le eventuali probabili restrizioni e deroghe agli art. 39 e 40 della Carta devono necessariamente rivelarsi conformi alla lettera e allo spirito della Carta e basarsi sulle disposizioni generali di questa, segnatamente sull’art. 52, nonché sulle norme specifiche previste all’interno dei Trattati (A. CAIOLA, *Articolo 39*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2017).

Nel caso di specie, il limite imposto ai cittadini mobili circa l’adesione ai partiti politici si pone in contrasto con tali norme della Carta, oltre che con le norme specifiche del Trattato, creando una disparità di trattamento di questi ultimi rispetto ai cittadini cechi e polacchi.

Invero, escludere *tout court* la possibilità per i cittadini mobili dell’Unione di aderire a un partito politico è misura sicuramente sproporzionata,

se sol si considera che ben avrebbero potuto tali Stati membri, ad esempio, riservare l'opportunità di proporsi alle elezioni del corpo legislativo o di enti regionali ai titolari della cittadinanza dello Stato membro ospitante o, ancora, prevedere l'esclusione dei detti cittadini mobili da quelle decisioni, in seno ai partiti, che riguardano le elezioni nazionali.

Inoltre, ulteriore diritto fondamentale pregiudicato dalla restrizione imposta dalla Polonia e dalla Repubblica ceca è, come anticipato, quello alla libertà di associazione, sancito all'art. 12 della Carta (par. 1).

Tale norma – che identifica altresì il ruolo dei partiti politici a livello dell'Unione come contributo ad esprimere la volontà politica dei cittadini dell'Unione (par. 2) – non prevede i possibili ambiti o motivi di limitazione di dette libertà.

Pertanto, l'interprete è tenuto ad utilizzare il doppio meccanismo dell'art. 52 della Carta. In primo luogo, occorre tenere presente che: le limitazioni possono essere stabilite dalla legge; devono comunque rispettare il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà stesse; devono essere proporzionate e necessarie in quanto effettivamente rispondenti a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

In secondo luogo, va considerato quanto prevede l'art. 52, par. 3, della Carta, circa i rapporti tra Carta e CEDU, ovvero che, qualora i diritti affermati dalla Carta corrispondano a diritti previsti nella Convenzione, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti da quest'ultima (V. P. CARETTI, P. MILAZZO, *Articolo 12*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *op. cit.*).

Orbene, nel caso di specie, all'art. 12 della Carta corrisponde l'art. 11 CEDU che, diversamente dalla prima norma, prevede alcuni limiti espressi all'esercizio della libertà di associazione. Più precisamente, il par. 2 dell'art. 11 indica l'insieme di restrizioni che, qualora previste dalla legge, consentono ai pubblici poteri di limitare l'esercizio di tali libertà, adottando misure necessarie ad assicurare valori imprescindibili di una società democratica, in particolare “la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o la pubblica sicurezza, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui”.

Ora, prescindendo dalla circostanza che in ogni modo l'art. 52, nel prevedere questa sorta di passerella interpretativa tra Carta e CEDU, aggiunge che questa disposizione non preclude al diritto dell'Unione di concedere una protezione più estesa, è evidente che la restrizione introdotta

dagli Stati membri convenuti nei ricorsi in esame non rientri tra quelle consentite ai sensi dell’art. 11 CEDU.

A conferma di ciò, è possibile richiamare alcune pronunce in cui la Corte EDU, proprio con riferimento all’associazione partitica, ha affermato che i limiti previsti dal par. 2, dell’art. 11, richiedono un’interpretazione particolarmente restrittiva, con la conseguenza che per procedere alla compressione del diritto sono necessarie ragioni convincenti ed imperative (sentenza della Corte EDU dell’8 dicembre 1999, *Partito per la libertà e la democrazia Özdep c. Turchia*; v. altresì, sentenza della Corte EDU del 10 luglio 1988, *Sidiropoulos c. Grecia*, ove si afferma che eventuali limitazioni possono essere giustificate solo per ragioni particolarmente urgenti ed imperiose).

Ragioni convincenti ed imperative che non sembrano sussistere nel caso in esame, considerato che manca un interesse pubblico specifico a vietare l’adesione dei cittadini mobili dell’Unione a un partito politico.

Neppure la giustificazione fondata sul rispetto dell’identità nazionale appare persuasiva. Come affermato dall’Avvocato generale e dalla Commissione, infatti, gli Stati ben avrebbero potuto, ad esempio, circoscrivere l’esclusione dei cittadini mobili dell’Unione a talune decisioni del partito politico.

In proposito, anche la Corte di giustizia (sentenza della Corte dell’11 novembre 2003, causa C-488/01, *Martinez*, punto 232), pur ammettendo che l’associazione partitica non possiede carattere assoluto, ma risulta assoggettabile alle limitazioni previste dalla legge, ha affermato che queste non devono essere applicate in modo sproporzionato e non devono risolversi, considerato lo scopo perseguito, in un intervento inammissibile tale da pregiudicare e far venire meno la sostanza del diritto stesso.

Dunque, dall’analisi delle norme rilevanti e, in particolare, dell’art. 12 della Carta – seppure interpretato alla luce della formulazione più limitativa dell’art. 11 CEDU – non sembra potersi ricavare una possibile giustificazione alla restrizione imposta dalla Polonia e dalla Repubblica Ceca circa l’esercizio del diritto di aderire a un partito politico per i cittadini mobili dell’Unione.

Indubbiamente, tale limitazione costituisce una restrizione del diritto fondamentale alla libertà di associazione sancito dall’art. 12, par. 1, della Carta, così come una violazione dell’art. 22 TFUE, producendo una disparità di trattamento di detti cittadini mobili rispetto ai cittadini cechi e polacchi.



5. Come anticipato, il riconoscimento ufficiale dei partiti politici europei è arrivato nel 1992 con il Trattato di Maastricht ed ha avuto ulteriore e importante definizione ad opera del Trattato di Lisbona, nella parte dedicata ai principi democratici (V. C. RANALLI, *I partiti politici a livello europeo: verso una complessa genesi dell'organizzazione democratica interna*, in *DPCE online*, 2021).

Tuttavia, se il compito dei partiti politici europei è quello di contribuire alla “formazione di una coscienza politica europea” e “all’espressione della volontà dei cittadini dell’Unione”, è da rilevare come questi sembrano ancora configurarsi come una sorta di rete e di mero riflesso di quelli nazionali (v. A. ADINOLFI, N. LAZZERINI (a cura di), *Una unione di cittadini. La costruzione della cittadinanza europea attraverso la partecipazione e la formazione*, Torino, 2023).

Per quanto concerne nello specifico i cittadini mobili dell’Unione, la relazione sulla cittadinanza 2023 ha evidenziato come un numero crescente di cittadini aventi diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo sia costituito proprio da questi ultimi, ovvero cittadini che si sono trasferiti per vivere, lavorare o studiare in un altro Stato membro. Al contempo, però, le statistiche dimostrano che molti di questi non vedono garantiti i loro diritti di eleggibilità, tanto per la mancanza di informazioni dettagliate, quanto per le numerose difficoltà che incontrano, ad esempio, per iscriversi alle liste elettorali.

In proposito, e per quanto di interesse in questa sede, va sottolineato che già da tempo (come nel piano d’azione di Stoccolma del 20 aprile 2010, nella relazione 2010 sulla cittadinanza) la Commissione invita gli Stati membri a garantire il diritto dei cittadini mobili dell’Unione di aderire o fondare partiti politici nello Stato membro di residenza e di informarli debitamente sui propri diritti elettorali.

Più di recente, nella relazione sulle elezioni del 2019, nell’ottica di superare le difficoltà affrontate dai cittadini mobili dell’Unione in alcuni Stati membri, la Commissione ha fissato l’impegno di rafforzare l’esercizio dei diritti elettorali da parte di questi ultimi, annunciando una revisione della disciplina in *subjecta* materia.

Ad oggi, però, è agevole rendersi conto della mancanza di progressi fatti: a pochi mesi dalle elezioni di giugno 2024, infatti, le auspiccate revisioni sono rimaste allo stato di proposte e l’auspicio della Commissione di vedere i provvedimenti legislativi approvati in tempo utile per la loro attuazione a tali elezioni è evidentemente sfumato.

Non si può perciò che convenire con autorevole dottrina quando sostiene che, se si misura il successo della cittadinanza dell’Unione alla luce

della sua dimensione politica, si nota come siano ancora assai scarsi gli elementi che consentono di rilevare un legame politico di appartenenza tra il cittadino e l’Unione (v. A. ADINOLFI, *La cittadinanza dell’Unione a trent’anni da Maastricht: la difficile costruzione di una dimensione politica*, in *rivista.eurojus.it*, 2024).

La possibilità di venire eletti in uno Stato membro diverso da quello di cui si è cittadini rientra, infatti, tra quelle condizioni che utilmente potrebbero contribuire a rafforzare questo legame e, con esso, l’idea di un mandato parlamentare svincolato dall’appartenenza ad uno Stato membro, così concorrendo ad accreditare nel Parlamento europeo la rappresentanza dell’intera popolazione dell’Unione e non dei singoli corpi elettorali nazionali (A. PLIAKOS, *La nature juridique de l’Union européenne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1993).

Ciò è tanto più necessario in un contesto, quale è quello attuale, caratterizzato da un largo consenso circa l’urgenza di trovare delle soluzioni per rimediare alla “apatia dell’elettore europeo” che si trova in un paese diverso da quello di cui ha la cittadinanza. (A. DE GUTTRY, *Le elezioni del parlamento europeo del 2024 e la sfida della partecipazione al voto degli elettori italiani all’estero e dei cittadini dei paesi UE residenti in Italia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, p. 1093).

In tale stato di cose, a parere di chi scrive, le argomentazioni svolte dall’Avvocato generale de la Tour appaiono condivisibili, così come condivisibile è la posizione della Commissione.

Si auspica che del medesimo parere sia anche la Corte di giustizia, la quale, oltre che ad accogliere nel merito i ricorsi proposti, potrebbe contribuire ad apportare chiarimenti a proposito delle possibili eccezioni e deroghe concernenti i diritti in questione, necessari ad una piena e corretta applicazione delle norme.

Dalla pronuncia della Corte potrebbero altresì discendere precisazioni utili ad offrire maggiori garanzie per i cittadini mobili dell’Unione e, più in generale, a tracciare il percorso (soltanto sulla carta propugnato dal legislatore europeo) verso un’Unione sempre più stretta fra i popoli europei, con lo sviluppo di regole e principi in materia elettorale comuni a tutti gli Stati membri.

Il ruolo della Corte di giustizia potrebbe perciò rilevarsi fondamentale per assicurare nel miglior modo possibile una sensibilità politica sovranazionale, specialmente se non dovessero intervenire revisioni o innovazioni dovute a eventuali modificazioni apportate ai Trattati e alla normativa derivata di dettaglio.

In definitiva, è auspicabile che la dimensione della cittadinanza europea si ponga quale ambito primario della solidarietà politica fra gli Stati membri e dell'identità del processo d'integrazione (E. TRIGGIANI, *Futuro dell'Unione e coscienza politica europea*, in *Quaderni AISDUE*, n. 1, 2024).

**Abstract (ita)**

Le recenti conclusioni dell’Avvocato generale de la Tour nelle cause C-808/21, *Commissione c. Repubblica Ceca*, e C-814/21, *Commissione c. Polonia*, offrono l’occasione per soffermarsi sul diritto di eleggibilità dei cittadini “mobili” dell’Unione e sulla possibilità per gli Stati membri di introdurre limitazioni e deroghe al loro diritto di diventare membri di un partito politico. In un contesto più ampio caratterizzato dall’obiettivo di creare una coscienza politica europea e in attesa della pronuncia della massima giurisdizione dell’Unione, il presente contributo intende valutare se, come sostenuto dalla Commissione e condiviso dall’Avvocato generale, Polonia e Repubblica ceca siano andate oltre il margine di discrezionalità loro concesso dal diritto dell’Unione o, se invece, come affermato da questi Paesi, la limitazione dell’adesione ai partiti politici ai soli cittadini nazionali sia misura giustificata ai sensi dell’art. 4, par. 2, TUE.

**Abstract (eng)**

The recent Opinion of Advocate General de la Tour in Cases C-808/21, *Commission v Czech Republic*, and C-814/21, *Commission v Poland*, provide an opportunity to focus on the right to stand as a candidate of ‘mobile’ citizens of the EU and the possibility for Member States to introduce limitations and derogations to their right to become members of a political parties. In a broader context characterised by the objective of creating a European political conscience and pending the pronouncement of the Court of Justice of the European Union, the present paper aims to evaluate whether, as argued by the Commission and endorsed by the Advocate General, Poland and the Czech Republic have gone beyond the margin of discretion granted to them by European Union law or, on the contrary, whether, as argued by those countries, the limitation of membership of political parties to national citizens only is a justified measure under Article 4(2) TEU.



L'ACCESSO ALLE INFORMAZIONI AMBIENTALI NELLA SENTENZA  
*RIGHT TO KNOW* DELLA CORTE DI GIUSTIZIA:  
LA DISCREZIONALITÀ DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE E  
GIURISDIZIONALI NAZIONALI NEL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA  
TUTELA DELLA TRASPARENZA E RISERVATEZZA DEI PROCESSI  
DECISIONALI

Alessandra Favi (Dottore di ricerca in diritto internazionale e dell'Unione europea) – 26 febbraio 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti all'origine della sentenza *Right to Know*. – 3. Il regime delle eccezioni relative all'accesso alle informazioni in materia ambientale. – 4. Discrezionalità del giudice nazionale e autorità di cosa giudicata. – 5. Brevi riflessioni conclusive.

1. L'accesso alle informazioni in materia ambientale costituisce uno dei pilastri della Convenzione UNECE sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (“Convenzione di Aarhus”), insieme alla partecipazione del pubblico ai processi decisionali e all'accesso alla giustizia in materia ambientale (si veda, *ex multis*, P. OLIVER, *Access to Information and to Justice in EU Environmental Law: the Aarhus Convention*, in *Fordham International Law Journal*, 2013, pp. 1423-1470, in particolare pp. 1433-1439; E. BARRIT, *The foundations of the Aarhus Convention, Environmental Democracy, Rights and Stewardship*, Oxford, 2020). Nel 2005, l'Unione ha aderito alla Convenzione di Aarhus assicurando, da un lato, la conformità del proprio ordinamento alle disposizioni da questa enunciate per quanto riguarda, tra l'altro, l'accesso alle informazioni ambientali da parte delle istituzioni e organi dell'Unione attraverso il regolamento n. 1367/2006, recentemente modificato. Dall'altro lato, e già prima dell'adesione alla Convenzione di Aarhus, l'Unione si è preoccupata dapprima di garantire, con la direttiva 90/313/CEE, e poi di rafforzare e ampliare attraverso la direttiva 2003/4, la disciplina relativa all'accesso del pubblico alle informazioni ambientali anche da parte delle autorità degli Stati membri (a tal proposito, si veda E. PELOSI, *Rafforzamento dell'accesso all'informazione ambientale alla luce della direttiva 2003/4/CE*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2004, pp. 23-33).

La sentenza *Right to Know* (del 23 novembre 2023, causa C-84/22), resa dalla Corte in via pregiudiziale, offre l'occasione per soffermarsi innanzitutto sulla nozione e il regime relativo alle eccezioni che possono essere

opposte all'accesso a determinate informazioni ambientali da parte delle autorità nazionali agli appartenenti alla società civile, chiarendo la distinzione tra la nozione di "comunicazioni interne", prevista dall'art. 4, par. 1, primo comma, lettera e), della direttiva 2003/4, e quella relativa alle "deliberazioni interne" di cui all'art. 4, par. 2, primo comma, lett. a), della direttiva 2003/4. Inoltre, la sentenza permette di prendere in esame l'aspetto strettamente collegato relativo alla tutela giurisdizionale che deve essere assicurata ai singoli avverso una decisione di rigetto di accesso alle informazioni ambientali, in particolare, qualora l'ordinamento dello Stato membro lasci al giudice nazionale la valutazione se, in presenza di una precedente pronuncia giurisdizionale passata in giudicato che abbia già rigettato la medesima richiesta di accesso, operi il principio dell'autorità di cosa giudicata, come previsto dalla normativa interna. Nella presente pronuncia sembra emergere, in particolare, come la Corte miri ad assicurare un bilanciamento tra l'esigenza di un accesso ampio alle informazioni in materia ambientale e la tutela della riservatezza di alcune di tali informazioni, andando ad inquadrare con precisione la discrezionalità lasciata alle autorità nazionali in tale ambito.

Saranno quindi brevemente riassunti i fatti all'origine della pronuncia oggetto del presente scritto (paragrafo 2), per poi prendere in esame l'interpretazione fornita dalla Corte, da un lato, al regime delle eccezioni all'accesso alle informazioni in materia ambientale e, dall'altro lato, al rapporto tra l'effettività della tutela giurisdizionale e il principio dell'autorità di cosa giudicata (paragrafi 3 e 4). Infine, saranno tratte alcune brevi riflessioni finali (paragrafo 5).

2. L'8 marzo 2016, l'organizzazione Right to Know formulava una richiesta di accesso ai verbali delle riunioni relativi alle discussioni in seno al governo irlandese concernenti le emissioni di gas a effetto serra di tale Stato. La richiesta veniva respinta a seguito di una procedura interna e la decisione così adottata veniva impugnata dall'organizzazione dinanzi alla High Court (Alta Corte) irlandese. Con sentenza del 1° giugno 2018, tale giudice si pronunciava sull'impugnazione, ritenendo applicabile al caso di specie l'eccezione al diritto di accesso all'informazione ambientale prevista dall'art. 4, par. 1, primo comma, lettera e), della direttiva 2003/4 relativa alle "comunicazioni interne" di un'autorità pubblica, in quanto le riunioni del governo irlandese dovevano, secondo il giudice adito, essere equiparate a comunicazioni siffatte. La disposizione in questione prevede, infatti, che gli Stati membri possono disporre che una richiesta di informazione ambientale sia respinta "se la richiesta riguarda comunicazioni interne, tenendo



conto dell'interesse pubblico tutelato dalla divulgazione". Tuttavia, secondo l'High Court, l'applicazione di tale eccezione richiedeva una ponderazione degli interessi in gioco, segnatamente quello tutelato dalla divulgazione delle informazioni e quello al rifiuto di divulgarle, che mancava nella decisione impugnata. Pertanto tale giudice annullava la decisione e rinviava la richiesta dell'organizzazione al Primo ministro irlandese, al fine del riesame.

Con una nuova decisione, il Primo ministro accoglieva quindi la richiesta di accesso alle informazioni dell'organizzazione, ma solo parzialmente. Tale seconda decisione veniva quindi nuovamente impugnata dalla Right to Know davanti alla High Court a motivo, tra l'altro, che quest'ultima avrebbe effettuato un'erronea qualificazione dei documenti richiesti nella sentenza del 1° giugno 2018. Secondo l'organizzazione, infatti, l'eccezione che avrebbe dovuto essere applicata non era quella relativa alle "comunicazioni interne", ma piuttosto quella prevista dall'art. 4, par. 2, primo comma, lett. a), della direttiva 2003/4 che prevede che gli Stati membri possono disporre che la richiesta di informazione ambientale sia respinta qualora la divulgazione di tale informazione rechi pregiudizio "alla riservatezza delle deliberazioni interne delle autorità pubbliche qualora essa sia prevista dal diritto". Secondo l'organizzazione, qualora la qualificazione fosse stata effettuata correttamente, nessun rifiuto avrebbe potuto essere opposto alla divulgazione delle informazioni richieste in quanto la medesima disposizione prevede che, nel caso delle "deliberazioni interne", gli Stati membri "non possono disporre che una richiesta sia respinta se quest'ultima concerne informazioni sulle emissioni nell'ambiente". Tale previsione non trova invece applicazione qualora la documentazione sia qualificata come rientrante nell'ambito delle "comunicazioni interne", ai sensi dell'art. 4, par. 1, primo comma, lett. e), della direttiva 2003/4.

La High Court, interrogata sulla questione, aveva sollevato dubbi circa la qualificazione da dare alla documentazione richiesta, anche alla luce di quanto previsto dall'art. 28, par. 4, della Costituzione irlandese, ai sensi del quale il governo nazionale si riunisce "in qualità di autorità collettiva" e le cui riunioni, come chiarito dalla giurisprudenza della Supreme Court of Ireland (Corte suprema irlandese), hanno lo scopo di consentire una discussione completa e libera prima dell'adozione delle decisioni.

Inoltre, lo stesso giudice rilevava che, alla luce del diritto processuale nazionale, non era escluso che la sentenza del 1° giugno 2018 fosse già coperta dall'autorità di cosa giudicata, in quanto resa tra le stesse parti e avente il medesimo oggetto della nuova richiesta di accesso ai documenti. In questo caso, la Right to Know non avrebbe più potuto rimettere in discus-

sione la qualificazione dei documenti in questione. La High Court rilevava, allo stesso tempo, che tale applicazione rigorosa del principio dell'autorità di cosa giudicata avrebbe potuto però risultare incompatibile con il diritto dell'Unione e, in particolare, con il principio di effettività in quanto, ove la qualificazione fosse stata errata, la violazione del diritto dell'Unione non avrebbe più potuto essere dedotta in giudizio.

In tale contesto, la High Court aveva quindi deciso di sospendere il procedimento e sollevare quattro questioni pregiudiziali alla Corte. Rispetto alla prima, il giudice del rinvio chiedeva, in sostanza, se i verbali delle riunioni formali del governo di uno Stato membro rientrassero nell'ambito di applicazione dell'eccezione al diritto di accesso all'informazione ambientale prevista all'art. 4, par. 1, primo comma, lettera e), della direttiva 2003/4 per le "comunicazioni interne", o di quella prevista all'art. 4, par. 2, primo comma, lettera a), della medesima direttiva per le "deliberazioni interne". Le tre questioni successive riguardavano invece, in sostanza, la compatibilità con la direttiva 2003/4 e con il principio di effettività, di una normativa nazionale che prevede il principio dell'autorità di cosa giudicata, qualora tale principio impedisca a una persona di sollevare, nell'ambito di una controversia tra le stesse parti e vertente sulla legittimità della medesima richiesta di accesso già oggetto di una sentenza divenuta definitiva, una censura relativa alla violazione dell'art. 4 della direttiva 2003/4, qualora tale censura sia già stata respinta nella prima sentenza.

3. Per quanto riguarda la prima questione pregiudiziale posta dal giudice del rinvio, relativa al regime delle eccezioni riguardanti, rispettivamente, le "comunicazioni interne" e le "deliberazioni interne", dalla sentenza *Right to Know* sembrano emergere due elementi di particolare interesse: in primo luogo, il modo in cui la Corte ha proceduto all'interpretazione di ciascuna di tali nozioni e, in secondo luogo, la ricostruzione del loro rapporto.

Rispetto al primo elemento, va innanzitutto rilevato come la Convenzione di Aarhus, al suo art. 4, par. 3, lett. c), preveda che una richiesta di informazioni ambientali possa essere respinta "se riguarda documenti ancora in corso di elaborazione o comunicazioni interne delle autorità pubbliche, qualora tale deroga sia prevista dalla legge o dalla prassi nazionale, tenendo conto dell'interesse pubblico tutelato dalla divulgazione delle informazioni". All'art. 4, par. 4, lett. a), della medesima Convenzione è inoltre previsto che tale richiesta possa essere ugualmente respinta qualora possa pregiudicare "la segretezza delle deliberazioni interne delle autorità pubbliche, ove sia prevista dal diritto nazionale". Il legislatore dell'Unione ha ripreso, nella disciplina contenuta nella direttiva 2003/4, tali eccezioni, operando anch'esso

una distinzione tra le due ipotesi, senza tuttavia riprodurre, rispetto alle “comunicazioni interne” il requisito secondo cui l’eccezione è possibile “qualora tale deroga sia prevista dalla legge o dalla prassi nazionale”. Infatti, la nozione di “comunicazioni interne” non contiene nessun rinvio espresso al diritto degli Stati membri ai fini della definizione del suo significato, mentre l’eccezione inerente alle “deliberazioni interne”, pur essendo strettamente collegata alla prima, richiama espressamente il diritto nazionale, prevedendo che l’accesso alle informazioni ambientale possa essere negato qualora rechi pregiudizio alla “riservatezza delle deliberazioni interne delle autorità pubbliche *qualora essa sia prevista dal diritto*” (corsivo aggiunto).

Tale differenza rileva in particolare rispetto alla possibilità per la Corte di assicurare un’interpretazione uniforme e coerente delle due eccezioni. Come noto, infatti, al fine di garantire tanto l’applicazione uniforme del diritto dell’Unione quanto il principio di uguaglianza, qualora una disposizione del diritto dell’Unione non contenga alcun rinvio espresso al diritto degli Stati membri ai fini della determinazione del suo significato e portata, tale disposizione deve essere oggetto di una interpretazione autonoma (a questo proposito, A. TIZZANO, *Problemi “linguistici” nell’interpretazione e applicazione del diritto dell’Unione europea*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2017, pp. 861-870). Come si vedrà meglio in prosieguo, se nell’interpretare le “comunicazioni interne” la Corte ha potuto procedere a un’interpretazione autonoma di tale nozione, ciò non risulta del tutto possibile per la nozione di “deliberazioni interne”.

A tal proposito, nella sentenza *Land Baden-Württemberg (Comunicazioni interne)* (del 20 gennaio 2021, causa C-619/19), la Corte si è pronunciata per la prima volta sull’interpretazione dell’eccezione prevista dall’art. 4, par. 1, primo comma, lett. e), della direttiva, fornendo un’interpretazione autonoma di “comunicazioni interne”. Essa ha chiarito innanzitutto che, ove tale eccezione sia stata recepita nel diritto nazionale, con il termine “comunicazioni” deve intendersi “un’informazione indirizzata da un autore a un destinatario, fermo restando che tale destinatario può essere tanto un’entità astratta, quali i “membri” di un’amministrazione o il “consiglio di amministrazione” di una persona giuridica, quanto una persona specifica appartenente ad un’entità siffatta, quale un agente o un funzionario” (*ibid.*, punto 37). Inoltre, la Corte ha precisato che la comunicazione è “interna” qualora essa non lasci la sfera interna di un’autorità pubblica anche dopo che sia stata ricevuta da una fonte esterna (*ibid.*, punti 42-43). Nel caso di specie, la Corte aveva quindi ritenuto che un’informazione trasmessa all’interno della direzione del Ministero di Stato del Land Baden-Württemberg, senza lascia-

re la sfera interna di tale amministrazione, potesse essere qualificata come “comunicazione interna”, ai sensi dell’articolo 4, par. 1, primo comma, lett. e), della direttiva 2003/4.

Nella sentenza *Right to Know*, la Corte ha sviluppato il proprio ragionamento partendo innanzitutto dall’analisi svolta nella pronuncia *Land Baden-Württemberg*, rilevando che i verbali delle discussioni in seno al governo relative alle emissioni di gas ad effetto serra possono rientrare nella nozione di “comunicazioni interne”. Infatti, in primo luogo, “tali verbali riflettono informazioni scambiate tra i membri di un’amministrazione e dunque di un’”autorità pubblica”, in secondo luogo, nella misura in cui sono distribuiti all’interno di tale amministrazione, si tratta di “comunicazioni” e, in terzo e ultimo luogo, alla luce del loro carattere riservato previsto all’art. 28, par. 4, punto 3, della Costituzione irlandese, tali verbali non sono destinati ad essere divulgati al pubblico e conservano, quindi, il loro carattere “interno” (sent. *Right to Know*, *cit.*, punto 41).

La Corte non ha escluso però che i documenti oggetto della richiesta potessero rientrare anche nella nozione di “riservatezza delle deliberazioni interne delle autorità pubbliche”, ai sensi dell’art. 4, par. 2, primo comma, lett. a), della direttiva 2003/4. Già nella sentenza *Flachglas Torgau* (del 14 febbraio 2012, causa C-204/09), la Corte aveva fornito una prima interpretazione di tale nozione (a questo proposito, C. SCIANCALEPORE, *I limiti al diritto di accesso all’informazione ambientale tra interpretazione della Corte di giustizia ed ordinamento interno*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell’ambiente*, 2012, pp. 682-691). Essa aveva ritenuto che “mediante la precisazione [...] secondo cui la tutela della riservatezza delle deliberazioni pubbliche deve essere “prevista dal diritto” [...], il legislatore dell’Unione ha chiaramente voluto che nel diritto nazionale esista una regola esplicita la cui portata sia esattamente determinata e non solo un contesto giuridico generale” (sent. *Flachglas Torgau*, *cit.*, punto 61). Le autorità pubbliche non possono quindi determinare unilateralmente le circostanze in cui può essere opposta la riservatezza, essendo invece necessario che “il diritto nazionale stabilisca chiaramente la portata della nozione di “deliberazioni” delle autorità pubbliche prevista da tale disposizione” (*ibid.*, punto 63). La Corte aveva al contempo indicato che la nozione di deliberazioni “rinvia alle fasi finali del processo decisionale” (*ibid.*).

Le stesse considerazioni sono svolte anche nella sentenza *Right to Know*, ove la Corte ha ribadito che “il termine “deliberazioni” rinvia alle fasi finali del processo decisionale delle autorità pubbliche che sono chiaramente designate come deliberazioni da parte del diritto nazionale”, sottolineando

espressamente che anche la “riservatezza” di tali deliberazioni debba essere prevista da tale diritto (sent. *Right to Know, cit.*, punto 43). Nel caso di specie, la Corte ha quindi concluso che i verbali delle discussioni del governo irlandese rientravano nel regime di riservatezza previsto all'art. 28, par. 4, punto 3, della Costituzione irlandese (*ibid.*, punto 44).

Proprio in relazione a tale ultimo elemento viene in rilievo come, nel caso di specie, la Corte, al fine di assicurare una certa coerenza tra le due eccezioni, non abbia operato di fatto una distinzione tra la “riservatezza” delle deliberazioni e il carattere “interno” delle comunicazioni. Infatti, anche rispetto a quest'ultima ipotesi, ove il carattere di riservatezza non è richiesto dalla disposizione legislativa, la Corte si è pronunciata specificando che in ragione del *carattere riservato* previsto dalla Costituzione irlandese, i verbali in causa “non sono destinati ad essere divulgati al pubblico e conservano, quindi, il loro carattere ‘interno’” (sent. *Right to Know, cit.*, punto 41). Tuttavia, la Corte ha al contempo rilevato che la domanda di pronuncia pregiudiziale non consentiva di stabilire se i verbali oggetto della richiesta di accesso riflettessero “discussioni condotte nel corso della fase finale di un processo decisionale che è stata designata come deliberazione dal diritto irlandese” (*ibid.*, punto 44). La Corte ha rimesso quindi al giudice del rinvio la verifica di tale circostanza, in quanto, ove integrata, permetterebbe di considerare i verbali come “deliberazioni interne delle autorità pubbliche”.

Rispetto al rapporto che intercorre tra le due eccezioni, la Corte, alla luce dell'analisi svolta, ha rilevato che nel caso di specie non è escluso che siano integrate le condizioni di applicazione sia delle “comunicazioni interne” sia delle “deliberazioni interne”. Tuttavia, a differenza di quanto sostenuto dall'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni, la Corte ha negato che sia possibile una loro applicazione *contemporanea*.

La Corte ha invece individuato nell'eccezione relativa alle “deliberazioni interne” una *lex specialis* rispetto all'eccezione riguardante le “comunicazioni interne”. Infatti, mentre l'eccezione per le “deliberazioni interne” si applica solo qualora lo scambio di informazioni abbia luogo nel corso della fase finale di un processo decisionale, quella relativa alle “comunicazioni interne” ha una portata più ampia e può applicarsi in ogni fase dell'insieme dei lavori svolti da tale autorità (sent. *Right to Know, cit.*, punto 47). La distinzione tra le due ipotesi è importante soprattutto dal punto di vista del regime giuridico applicabile. Infatti, nel caso delle “deliberazioni interne”, l'autorità pubblica non potrà respingere la richiesta qualora essa porti su “informazioni sulle emissioni dell'ambiente”, come previsto dall'art. 4, par. 2, secondo comma, della direttiva 2003/4.

La Corte non si è tuttavia limitata a tali indicazioni, apparentemente sufficienti al fine di rispondere alla prima questione pregiudiziale, precisando altresì le valutazioni che l'autorità nazionale è chiamata ad effettuare rispetto a una domanda di accesso alle informazioni riguardanti le emissioni dell'ambiente. Innanzitutto, l'autorità nazionale, ove rilevi che si tratti di deliberazioni interne relative a emissioni ambientali, non potrà rifiutare l'accesso alle stesse, "a meno che non sia possibile estrarle dalle altre informazioni scambiate nello stesso ambito" (sent. *Right to Know*, cit., punto 53). In secondo luogo, laddove le informazioni riservate non riguardino emissioni dell'ambiente, l'autorità nazionale sarà comunque chiamata ad effettuare una ponderazione, conformemente all'art. 4, par. 2, secondo comma, seconda frase, della direttiva 2003/4, tra "l'interesse pubblico tutelato dalla divulgazione di tali informazioni con l'interesse tutelato dal rifiuto di divulgarle" (*ibid.*). Tale ponderazione degli interessi in gioco deve essere ugualmente svolta qualora si applichi la sola eccezione delle "comunicazioni interne". Infine, la Corte ha ricordato che, in base all'art. 4, par. 4, della direttiva 2003/4, l'autorità nazionale competente "deve sempre verificare se talune delle informazioni richieste possano essere dissociate da quelle coperte dall'eccezione al diritto di accesso applicabile, in modo che essa possa procedere a una divulgazione parziale" (*ibid.*, punto 56).

4. Nella sentenza *Right to Know*, la Corte è stata inoltre chiamata a pronunciarsi rispetto all'operatività del principio dell'autorità di cosa giudicata, nel caso in cui il giudice del rinvio dovesse concludere che le informazioni richieste rientrano nella nozione di "deliberazioni interne". In questo caso, infatti, la sentenza del 1° giugno 2018 adottata dalla High Court, con la quale tale giudice aveva ritenuto che si trattassero di "comunicazioni interne" e in base alla quale era stata successivamente emessa la decisione oggetto di impugnazione nel procedimento davanti al giudice del rinvio, si porrebbe in contrasto con la direttiva 2003/4.

La Corte ha innanzitutto ricordato come nella propria giurisprudenza essa abbia ormai riconosciuto l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste non solo negli ordinamenti nazionali ma anche per il diritto dell'Unione il quale, in linea di principio, non impone al giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata a una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con tale diritto, né esige che per tener conto dell'interpretazione da parte della Corte, un organo giurisdizionale nazionale debba necessariamente riesaminare la propria



decisione avente autorità di cosa giudicata (sent. *Right to Know, cit.*, punti 63- 64).

La portata “autonoma” di tale principio nel diritto dell’Unione emerge anche da quanto successivamente rilevato dalla Corte, la quale ha precisato che il diritto a un ricorso effettivo, sancito dall’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, è altresì “rispecchiato nell’art. 6 della direttiva 2003/4”, ma né tale articolo né le altre disposizioni di tale direttiva “contengono norme concernenti l’attuazione del principio dell’autorità di cosa giudicata” (sent. *Right to Know, cit.*, punto 67). La Corte ha così ricordato la sua consolidata giurisprudenza in base alla quale, in assenza di una normativa dell’Unione in materia, le modalità di attuazione del principio dell’autorità di cosa giudicata rientrano nell’ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del c.d. principio dell’autonomia procedurale di questi ultimi. Esse non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione (principio di effettività) (sent. *Right to Know, cit.*, punto 65; sui rapporti tra art. 47 della Carta e i principi di effettività e equivalenza, si veda M. ELIANTONIO, *A Spectre is Haunting Kirchberg’ – The Spectre of Article 47: The CJEU Case Law on the Finality of Judicial Decisions and on the Ex Officio Application of EU Law*, in M. BONELLI, M. ELIANTONIO, C. GENTILE (eds.), *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection, Volume 1*, Oxford, 2022, p. 97 e ss.).

Rispetto al principio di effettività, la Corte si è soffermata in particolare sull’esistenza, nell’ordinamento giuridico irlandese, di una via di ricorso che garantisca in modo effettivo la tutela dei diritti che gli individui traggono dalla direttiva 2003/4. A tal proposito, la Corte ha ritenuto che nell’ambito del procedimento davanti alla High Court, al termine del quale quest’ultima aveva adottato la sentenza del 1° giugno 2018, la Right to Know aveva potuto far valere l’inosservanza dell’art. 4 della direttiva 2003/4, e detto giudice aveva esaminato tale censura, respingendola. Pertanto, secondo la Corte, nella misura in cui, ai sensi del diritto irlandese, i punti della motivazione della sentenza del 1° giugno 2018 sono passati in giudicato, “tale diritto non ha arrecato pregiudizio all’effettività del diritto dell’Unione” (sent. *Right to Know, cit.*, punto 73).

La Corte ha inoltre ribadito la sua consolidata giurisprudenza, secondo la quale il principio della responsabilità dello Stato inerente all’ordinamento giuridico dell’Unione richiede, se ne sussistono le condizioni, il risarcimento del danno subito, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che ha



causato tale danno (sent. *Right to Know, cit.*, punto 76). Pertanto, la violazione, da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado, del suo obbligo di effettuare un rinvio pregiudiziale e, a maggior ragione, la mancanza di un tale rinvio nell'ambito di un procedimento dinanzi ad un organo giurisdizionale non di ultimo grado non possono comportare l'obbligo di disattendere l'autorità di cosa giudicata di cui sono munite le decisioni giurisdizionali.

Se, da un lato, il diritto dell'Unione non impone quindi di ritornare sulla sentenza del 1° giugno 2018 ormai passata in giudicato, il diritto irlandese offre però la possibilità agli organi giurisdizionali nazionali di consentire a una parte di sollevare una questione che è già stata decisa in modo ad essa sfavorevole in un procedimento precedente.

La Corte ha così ritenuto che, nel caso siano integrate le condizioni a cui il diritto nazionale subordina l'esercizio di tale potere discrezionale, il giudice del rinvio "è tenuto ad esercitarlo laddove constatasse che, contrariamente a quanto risulta dalla sentenza della High Court del 1° giugno 2018, le informazioni richieste non rientrano nell'ambito di applicazione dell'eccezione al diritto di accesso all'informazione ambientale prevista per le 'comunicazioni interne'" (sent. *Right to Know, cit.*, punto 80, corsivo aggiunto; sul dialogo tra Corte e giudici nazionali rispetto all'applicazione del principio della *res iudicata*, si veda A. TURMO, *National res iudicata in the European Union: Revisiting the tension between the temptation of effectiveness and the acknowledgement of domestic procedural law*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 361 ss., in particolare p. 386 ss.).

A tal fine, conformemente a quanto richiesto dall'ordinamento giuridico irlandese, la valutazione rimessa al giudice nazionale dovrà tenere conto del fatto che una parte non abbia eventualmente avuto la possibilità di proporre un ricorso avverso una sentenza contenente una constatazione munita dell'autorità di cosa giudicata. La Corte ha quindi rimesso al giudice nazionale la verifica se la *Right to Know* avesse effettivamente avuto la possibilità di presentare appello avverso la constatazione contenuta nella sentenza del 1° giugno 2018, in base alla quale la richiesta dell'8 marzo 2016 di accesso all'informazione ambientale rientrava nell'ambito di applicazione dell'eccezione concernente le "comunicazioni interne". Se così non dovesse essere, la Corte ha concluso che "i principi di equivalenza e di effettività richiedono che il giudice del rinvio eserciti il proprio potere discrezionale" (sent. *Right to Know, cit.*, punto 82).

5. Alla luce di quanto detto, nella sentenza *Right to Know* emerge come l'approccio della Corte miri, in definitiva, ad assicurare un bilancia-

mento tra, da un lato, la tutela dei diritti derivanti dal diritto dell'Unione, in particolare il diritto di accesso alle informazioni ambientali, e, dall'altro lato, la discrezionalità lasciata alle autorità nazionali in tale ambito.

Infatti, se si guarda alla disciplina relativa all'accesso a tali informazioni, nella sentenza in esame la Corte si è preoccupata non solo di assicurare un'interpretazione coerente delle eccezioni che possono essere opposte alle richieste di accesso, ma anche di fornire alle autorità amministrative nazionali indicazioni precise circa l'esame che sono chiamate a svolgere prima di rifiutare l'accesso a tali informazioni.

Rispetto alla tutela giurisdizionale e, in particolare, all'operatività del principio dell'autorità di cosa giudicata, la Corte, pur rilevando che il diritto dell'Unione non osta all'applicazione di tale principio nel caso di specie, ha comunque fornito al giudice nazionale delle istruzioni dettagliate circa l'impiego della discrezionalità accordatagli dall'ordinamento interno riguardo alla possibilità di consentire alla parte soccombente di sollevare una questione già coperta dal giudicato. In particolare, in relazione a quest'ultimo aspetto, l'approccio della Corte, pur apparentemente rispettoso dell'autonomia procedurale dello Stato membro, si traduce in una compressione significativa del ruolo e della discrezionalità del giudice nazionale. In questo modo, tuttavia, non solo la ricostruzione ampia del diritto di accesso alle informazioni ambientali può essere garantita, ma anche (e soprattutto) l'effettiva e corretta applicazione del diritto dell'Unione è assicurata.

### **Abstract (ita)**

La sentenza *Right to Know*, resa dalla Corte di giustizia il 23 novembre 2023, offre l'occasione per soffermarsi, da un lato, sul regime previsto dall'art. 4 della direttiva 2003/4 relativo alle eccezioni che possono essere opposte all'accesso a determinate informazioni ambientali da parte delle autorità nazionali agli appartenenti alla società civile e, dall'altro lato, sulla tutela giurisdizionale accordata a questi ultimi avverso il rifiuto di accesso a tali informazioni, in particolare rispetto alla possibilità di consentire a una parte di sollevare una questione davanti al giudice nazionale che è già stata decisa in modo essa sfavorevole in un procedimento precedente ed è, pertanto, già coperta dal giudicato. La sentenza permette di svolgere alcune considerazioni critiche circa la discrezionalità delle autorità amministrative e giurisdizionali nazionali in relazione ai due aspetti considerati e i limiti posti a tale discrezionalità dal diritto dell'Unione.

### **Abstract (eng)**

The judgment of the Court of Justice of 23 November 2023 in the *Right To Know* case concerns, on the one hand, the system of exceptions provided for in Article 4 of Directive 2003/4 that may be raised against access to certain environmental information by national authorities to members of civil society and, on the other hand, on the judicial protection granted to the latter against a refusal of access to such information, in particular with regard to the possibility of allowing a party to a dispute to pursue an issue that has already been decided against that party in earlier proceedings. The analysis focuses on the discretion of national administrative and judicial authorities in relation to the two aspects considered and the limits set to this discretion by EU law.

## IL CAMBIAMENTO CLIMATICO QUALE CAUSA DELLE MIGRAZIONI FORZATE: UN FENOMENO ANCORA TROPPO TRASCURATO

Marta Ferrari (Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Udine) – 20 marzo 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le pronunce delle corti nazionali francesi, tedesche e italiane dopo il caso *Teitiota*. – 3. La disciplina legislativa degli Stati membri, in particolare dell'ordinamento italiano. – 4. Gli attuali strumenti sulla tutela dei migranti ambientali e il Nuovo Patto sulla Migrazione e Asilo. – 5. L'accordo tra l'Australia e Tuvalu sui visti climatici. – 6. Considerazioni conclusive.

1. L'estate del 2023 è stata la più calda dal 1850. Ogni anno a livello globale si registra una crescita delle temperature, degli uragani, delle tempeste, delle inondazioni e degli incendi causati dai cambiamenti climatici.

Questi episodi si presentano con maggiore severità negli Stati più vulnerabili, primi fra tutti le isole del Pacifico.

Le conseguenze dei disastri ambientali non sono sempre di facile risoluzione. Se in seguito ad eventi ad immediata insorgenza, come le alluvioni o gli uragani, sono facilmente individuabili il numero di individui costretti a muoversi, altri episodi, come l'innalzamento del livello del mare o delle temperature, in quanto a lenta insorgenza, non favoriscono una valutazione prognostica sul numero di soggetti che saranno costretti a lasciare le loro abitazioni in breve o lungo tempo.

L'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati ha stimato che entro il 2050 le persone che saranno costrette a spostarsi a causa dei cambiamenti climatici si aggireranno intorno ai 200-250 milioni.

Una situazione compromessa a livello ambientale incide sul pieno godimento dei diritti essenziali degli individui che la subiscono. Eventi improvvisi o a lenta insorgenza combinati alla particolare condizione di vulnerabilità delle persone possono arrecare un danno così grave tale da far scattare il divieto di respingimento come previsto dal diritto internazionale. Lungi dal considerare ogni condizione di sottosviluppo economico o sociale di cui sono affetti i Paesi in via di sviluppo quale condizione sola e sufficiente per consentire il riconoscimento di una protezione entro i confini dell'Unione europea, il presente contributo si propone di illustrare come i movimenti migratori indotti dal cambiamento climatico costituiscano una realtà che il diritto internazionale deve prepararsi ad affrontare.

2. La nota opinione espressa dal Comitato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite sul caso *Teitiota c. Nuova Zelanda* ha rivestito e, tuttora, riveste un indiscutibile impatto sulla giurisprudenza nazionale degli Stati membri.

Ripercorrendo brevemente il caso, si trattava di una denuncia presentata dal sig. Teitiota, residente nella Repubblica di Kiribati nel Pacifico, volta ad ottenere lo status di rifugiato in Nuova Zelanda. Esauriti i ricorsi interni, a sostegno della sua istanza, il ricorrente dichiarava al Comitato che la sua vita e quella dei suoi familiari erano a rischio ai sensi dell'art. 6 del Patto Internazionale sui Diritti civili e politici nel Paese di origine a causa degli effetti del cambiamento climatico (l'isola è in particolar modo colpita dall'innalzamento del livello del mare dovuto al riscaldamento globale).

La pronuncia del Comitato, pur rigettando la domanda, ha assunto una valenza storica. In conformità al principio di non-refoulement, per la prima volta si è ravvisato che il rimpatrio forzato di una persona in un luogo in cui rischia la lesione dei suoi diritti fondamentali, a causa degli effetti negativi del cambiamento climatico, potrebbe violare il suo diritto alla vita. Diritto inteso ad assicurare un'esistenza dignitosa e libera da ogni atto od omissione che possa causare una prematura scomparsa della persona umana.

Questa pronuncia rappresenta una vittoria e non una sconfitta, in quanto implicitamente riconosce alle persone affette dai disastri naturali il diritto a non essere rimpatriate da parte degli Stati aderenti al Patto in concomitanza di due condizioni: (i) rischio di subire una violazione dei loro diritti umani essenziali una volta rientrati; (ii) assenza nel Paese di origine di azioni concrete volte a contrastare l'inquinamento e il cambiamento climatico.

Le conclusioni del Comitato sono state richiamate nell'ordinanza n. 5022 della Corte italiana di cassazione del 24 febbraio 2021.

I giudici di legittimità hanno dichiarato, con un'affermazione di principio, che il "nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale" diretto al riconoscimento o diniego della protezione umanitaria ex art. 19 d.lgs. n. 286/1998, quale limite minimo essenziale al di sotto del quale non è rispettato il diritto individuale alla vita e all'esistenza dignitosa, non debba riferirsi esclusivamente alle ipotesi di conflitto armato – pur trattandosi delle manifestazioni più eclatanti della forza autodistruttiva dell'uomo – ma debba estendersi a qualsiasi contesto concreto ove la vita, la libertà e l'autodeterminazione dell'individuo siano a rischio di azzeramento o riduzione sotto la predetta soglia, ivi includendo le situazioni relative al cambiamento climatico e sfruttamento delle risorse naturali.

Non solo, il favore della Corte di cassazione verso il riconoscimento

della condizione ambientale, e del conseguente suo impatto sulle condizioni di vita dei richiedenti protezione, è stato confermato l'8 marzo 2023 anche nella sentenza n. 6964 della stessa Corte.

Nella specie, i giudici hanno contestato al giudice di primo grado di non aver tenuto in debita considerazione la situazione di disastro ambientale esistente in Pakistan causata dalle irregolari inondazioni e alluvioni che colpiscono il territorio (il ricorrente aveva lasciato il suo paese a seguito dell'inondazione del 2013). La Corte invocava la valutazione delle ragioni climatiche nell'ambito dell'iter logico che avviava dall'esame dello status di rifugiato per concludersi con quello della protezione umanitaria/speciale. In particolare, evidenziava come il Pakistan fosse il settimo Paese al mondo più colpito dai cambiamenti climatici e come quello del 2013 avesse pesantemente inciso sulla famiglia del ricorrente.

La pronuncia sul caso Teitiota ha aperto le porte a ulteriori decisioni in questa direzione anche da parte di altri Stati membri.

Il 17 dicembre 2020 il Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, in applicazione del principio di non-refoulement, ha pronunciato una decisione fondata sul combinato disposto del diritto migratorio tedesco e dei trattati sui diritti umani diretta a negare il rientro di un cittadino afgano nel suo Paese di origine.

L'interesse verso questa pronuncia sorge dall'attenzione che ha prestato alle condizioni ambientali, come i cambiamenti climatici e i disastri naturali, dell'Afghanistan sia quali fattori determinanti delle gravi condizioni umanitarie del Paese sia quali fattori influenti sui diritti fondamentali della persona. Invero, la Corte ha adottato un'interpretazione estensiva della nozione di vulnerabilità facendo ricadere al suo interno altresì l'impatto concreto che il dissesto ambientale può determinare sui diritti essenziali degli individui.

Infine, il 20 dicembre 2020 la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux ha concesso a un cittadino bangladese un permesso di soggiorno temporaneo per motivi sanitari dovuti a una grave malattia respiratoria di cui era affetto. L'iter logico seguito dalla Corte ha trovato le sue radici nell'inadeguatezza del sistema sanitario del Bangladesh nonché nello scadente livello di qualità dell'aria che colpiva il Paese – tra i più inquinati al mondo – posta la specifica condizione di salute del richiedente asilo (C. M. PONTECORVO, *Toward Litigating Climate-Induced Migration? Current Limits and Emerging Trends for the Protection of "Climate-Induced Migrants" in International Law*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2022, pp. 99-110; C. SCISSA, *Migrazioni ambientali tra immobilismo normativo e dinamismo giurisprudenziale: Un'analisi di tre recenti pronunce*, in *Questione giustizia*, 17 maggio 2021).

3. Nonostante gli orientamenti giurisprudenziali nazionali rivolti a un riconoscimento di una protezione in ragione delle condizioni ambientali del Paese di origine che direttamente colpiscono i ricorrenti, dall'analisi degli apparati normativi nazionali dei singoli Paesi membri dell'Unione europea emerge una lacuna legislativa (situazione singolare si registra in Finlandia, cfr. European Migration Network Inform, *Displacement and migration related to disasters, climate change and environmental degradation*, maggio 2023).

Un'eccezione a questo vuoto normativo si rinviene nel nostro ordinamento che predispone una protezione oggi definita speciale, precedentemente umanitaria, all'art. 19, c. 1.1., primo periodo, e un permesso per calamità all'art. 20 bis, entrambi collocati nel Testo Unico Immigrazione, che negli anni hanno subito un'opera di riforma legislativa, da ultimo conclusasi con il d.l. n. 20 del 10 marzo 2023.

L'espunzione del richiamo alle "esigenze umanitarie" (tale riferimento era già stato escluso con il d.l. n. 113/2018 e non è stato reintrodotta nel D.L. n. 130/2020) non ha costituito un limite per i giudici di legittimità al riconoscimento della protezione complementare. A tal riguardo, giova in primo luogo menzionare nuovamente l'ordinanza n. 5022/2021 della Corte di cassazione, la quale, nel rinviare al Tribunale di Ancona, ha fatto espresso riferimento alla protezione umanitaria per ivi riconoscervi una tutela del migrante climatico.

Con l'ultima revisione legislativa di marzo 2023, è legittimo domandarsi se possa ritenersi ancora sussistente una forma di protezione umanitaria.

L'art. 19, par. 1.1., primo paragrafo, mantiene fermo il richiamo al rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato italiano (art. 5, comma 6 TUI), primo fra tutti il principio di non-refoulement. Non solo, la disposizione deve a sua volta essere integrata dal d.lgs. n. 251/2007, che, recependo la Direttiva Qualifiche, impone all'autorità competente di tener conto dei "gravi motivi umanitari che impediscono il ritorno nel Paese di origine" nella fase di riconoscimento della protezione (articoli 3, c. 4, 9, c. 2, e 15, c. 2, d.lgs. n. 251/2007).

Accanto alla disciplina sulla protezione speciale, il legislatore è intervenuto in materia di permesso per calamità ai sensi dell'art. 20 bis, riproponendo la formulazione del 2018 e abbandonando quella più flessibile del 2020. Secondo l'attuale normativa, se lo Stato di origine dello straniero versa in una situazione di contingente ed eccezionale calamità tale da impedire il rientro del ricorrente in sicurezza, il Questore può rilasciare un permesso per calamità di sei mesi, rinnovabile una sola volta per la medesima durata,



valido esclusivamente sul territorio nazionale e non convertibile in permesso di soggiorno per motivi lavorativi.

I diritti essenziali di questa categoria di richiedenti non possono essere adeguatamente tutelati dalla misura in esame. In primo luogo, si tratta di una protezione temporanea che risponde ad una logica emergenziale, la quale non sempre riesce a coprire gli effetti di medio-lungo periodo prodotti dagli eventi ambientali (soprattutto nei casi di individui particolarmente vulnerabili). In secondo luogo, si presta ad essere riconosciuta solo in ipotesi climatiche e ambientali transitorie e di rapida insorgenza, senza tener conto delle emergenze più strutturali che al loro interno contengono profili altresì ambientali.

Anche nel Report dell'European Migration Network si evince una critica verso questa forma di protezione.

Invero, nonostante si dia atto della eccezionalità della normativa italiana posta a confronto con quella degli altri Stati membri, si contesta come il margine di discrezionalità conferito al Questore nella concessione del permesso combinato all'assenza di una precisa definizione della nozione di "calamità" conducano ad una difformità di orientamenti (M. DI FILIPPO, *La protezione dei migranti ambientali nel dialogo tra diritto internazionale e ordinamento italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2023, pp. 329 -334).

In aggiunta, si precisa che conseguentemente alla riforma legislativa è stato pubblicato il decreto ministeriale del 17 marzo 2023 il quale modifica l'elenco dei Paesi sicuri di cui all'art. 2 bis del d.lgs. n. 25/2008, inserendo tra gli altri la Nigeria. Paese che, non solo è stato oggetto della prima pronuncia della Corte di cassazione in favore del riconoscimento della protezione ambientale, ma che nel Report 2023 dell'IDMC risulta tra quelli maggiormente colpiti dai cambiamenti climatici nel 2022 (A. STEVANATO, *I migranti ambientali nel decreto-legge n. 20 del 2023. Che cosa resta della loro protezione?*, in *Corti supreme salute*, n. 2, 2023, p. 8 ss.).

4. Fino al 2010 non era ancora emerso il tema delle migrazioni forzate causate dai dissesti ambientali. Durante la Conferenza sul Cambiamento Climatico delle Nazioni Unite del 2010 si diede per la prima volta atto del fenomeno, in particolare nel Cancun Adaptation Framework si incoraggiava le parti ad adottare "*measures to enhance understanding, coordination and cooperation with regard to climate change induced displacement, migration and planned relocation, where appropriate, at the national, regional and international levels*" (1CP/16 par. 14(f)).

Gli strumenti internazionali – prevalentemente dichiarazioni politiche o

accordi non vincolanti – che si sono susseguiti e alternati fino ai giorni nostri si sono limitati per lo più esclusivamente a far emergere la connessione tra i cambiamenti ambientali e le migrazioni interne ed esterne.

Tra questi merita di essere menzionata la New York Declaration for Refugees and Migrants del 2016 nonché il Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM) del 2018. Questi meccanismi, non vincolanti, se da un canto mantengono viva la tematica della migrazione climatica e incentivano l'adozione di apposite azioni da parte degli Stati per fronteggiare il tema, dall'altro non si spingono fino a riconoscere la necessità di adottare dei percorsi migratori sicuri per coloro che sono in fuga dai disastri ambientali (Risoluzione dell'Assemblea Generale del 17 dicembre 2018, A/RES/73/151).

Un altro passo in avanti si è raggiunto con la Nansen Initiative's Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change, con 109 Stati aderenti, inclusa l'UE dal 2015, un'iniziativa diretta a realizzare un approccio coerente e comune nell'azione di protezione delle persone sfollate al di fuori dei confini nel contesto dei disastri e cambiamenti climatici. Ulteriore evoluzione della Nansen Agenda è rappresentata dalla Platform on Disaster Displacement (PDD), che supporta gli Stati nell'implementazione delle linee guida dell'Agenda e nell'inserimento di queste direttive entro gli apparati normativi delle Parti (Commissione Europea, Addressing Displacement and Migration Related to Disasters, Climate Change and Environmental Degradation, luglio 2022; C. M. PONTECORVO, *op. cit.*, pp. 99-103).

Gli strumenti elencati allo stato attuale non hanno indotto alcun cambiamento dal punto di vista normativo sulla protezione di questa categoria di migranti e su questa linea si conformano anche le dichiarazioni espresse nella COP 28 e quanto disposto nel Nuovo Patto sulla Migrazione e Asilo dell'Unione europea, il cui accordo è stato raggiunto proprio alla fine del 2023.

Con riferimento alla COP 28, dal 30 novembre al 12 dicembre 2023 si è svolta la 28esima edizione della Conferenza delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici negli Emirati Arabi Uniti a Dubai.

L'International Organization for Migration (IOM), principale organizzazione intergovernativa con 175 paesi aderenti che promuove una gestione ordinata e umana delle migrazioni, aveva lanciato un appello globale (Message to the 28th UN Climate Change Conference of the Parties) alle Parti verso un'azione congiunta e concreta per fronteggiare le ripercussioni del cambiamento climatico sulle migrazioni da concretizzare mediante: l'au-

mento dell'adattamento al clima e la solidarietà, l'accelerazione verso una transizione giusta nonché il miglioramento della mobilità inclusiva. In questo suo invito l'IOM riprendeva un passo del IPCC Sixth Assessment Report (AR6) "Climate Change 2023": "*increasing adaptive capacity minimizes risk associated with involuntary migration and immobility and improves the degree of choice under which migration decisions are made.*".

All'esito della Conferenza però l'attenzione dedicata alla combinazione clima-migrazione non ha raggiunto un livello soddisfacente. Sul punto due possono essere individuati gli aspetti di maggiore interconnessione con il tema in esame.

Durante la precedente COP l'Unione europea aveva svolto un ruolo essenziale al fine di raggiungere un primo compromesso sull'istituzione di un nuovo fondo per le perdite e i danni volto a fronteggiare le conseguenze climatiche di cui sono maggiormente colpiti i Paesi più vulnerabili. Nella Conferenza di quest'anno si è finalmente giunti ad un accordo che ha dato vita al Loss and Damage Fund. Si tratta di un meccanismo finanziario di supporto, che mira a risollevere i Paesi maggiormente colpiti dalle conseguenze causate dal cambiamento climatico, che non possono più essere tamponate con azioni di mitigazione e adattamento.

Sebbene ritenuto per molti una svolta storica nella lotta al cambiamento climatico, il fondo presenta connotati molto controversi: i contributi finanziari nazionali sono volontari (e non obbligatori come auspicato), la gestione è affidata almeno per i primi quattro anni alla Banca Mondiale (il cui presidente è di nomina statunitense), non è stato inserito alcun riferimento esplicito al concetto di responsabilità comuni ma differenziate. Il rischio che questa intesa non porti ad alcun risultato concreto è quindi palesemente reale. Uno studio (A. MARKANDYA, M. GONZÁLEZ-EGUINO, *Integrated Assessment for Identifying Climate Finance Needs for Loss and Damage: A Critical Review*, in R. MECHLER, L. M. BOUWER, T. SCHINKO, S. SURMINSKI, J. LINNEROOTH-BAYER (eds.), *Loss and Damage for Climate Change, Concepts, Methods and Policy Options*, 2019, p. 349 ss.) citato dal Parlamento europeo nel 2022 ha evidenziato come i fondi necessari per fronteggiare le perdite e i danni del cambiamento climatico si aggirano tra i 290 e i 580 miliardi di dollari entro il 2030. Cifra molto distante da quelle promesse finora dai Paesi più sviluppati che hanno destinato poco più di 700 milioni di dollari. Nel complesso l'UE e i suoi Stati membri si sono dimostrati tra i principali fornitori di finanziamenti per il clima a livello mondiale.

Il secondo aspetto su cui vale la pena soffermarsi è la UAE Declaration on Climate and Health. Nell'ambito della COP 28 i leader dei Paesi si sono

riuniti per esprimere le loro forti preoccupazioni per gli impatti negativi che il cambiamento climatico cagiona alla salute.

Nel preambolo della Dichiarazione, che vede firmatari al 2 febbraio 2024 già 148 Paesi, si sottolinea l'importanza di soffermarsi sulle interazioni tra il cambiamento climatico e la salute e il benessere umano nel contesto dell'UNFCCC e dell'Accordo di Parigi.

Per quanto attiene al tema in esame la Dichiarazione riconosce come le popolazioni in salute non solo contribuiscano ma siano una diretta conseguenza dello sviluppo di una resilienza climatica nonché rappresentino il frutto di un adattamento in plurimi settori (alimentazione, agricoltura, acqua, servizi igienico-sanitari). Al contempo si evidenzia la necessità di promuovere una risposta globale per affrontare i cambiamenti climatici affinché possano essere ridotte le migrazioni da questi indotte.

Per quanto riguarda l'UE, lo scorso 8 febbraio i rappresentanti del Coreper hanno approvato l'accordo provvisorio raggiunto il 20 dicembre 2023 dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione europea sul nuovo Patto sulla Migrazione e Asilo, composto da cinque atti legislativi, che integra e modifica gli atti che attualmente compongono il sistema comune di asilo. Pacchetto di strumenti fortemente auspicato che però ha ben presto abbandonato le lungimiranti iniziali proposte della Commissione risalenti al 2019 per riuscire a raggiungere un compromesso tra le distanti posizioni e il diverso coinvolgimento degli Stati membri sul fenomeno migratorio. Non si tratta quindi della rivoluzione copernicana auspicata ma di un sistema che presenta numerosi punti di debolezza (P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISUDE*, II, 5 ottobre 2020; A. DI PASCALE, *Il nuovo Patto per l'immigrazione e asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus*, 28 settembre 2020).

Tra gli aspetti di criticità del nuovo Patto si individua la mancata inclusione del fenomeno delle migrazioni forzate a causa dei disastri ambientali, nonostante l'attenzione manifestata dalla Commissione verso il tema nella sua comunicazione (COM(2020)609 final) relativa al nuovo Patto ("*Le diverse politiche – quali la cooperazione allo sviluppo, la sicurezza, i visti, il commercio, l'agricoltura, gli investimenti e l'occupazione, l'energia, l'ambiente e i cambiamenti climatici e l'istruzione – non dovrebbero essere affrontate a compartimenti stagni*"). Il nuovo Patto si pone l'obiettivo di evitare i c.d. movimenti secondari e non di estendere la protezione internazionale a nuove categorie di individui.

L'analisi allora si ripone nei confronti dei nuovi strumenti che formano il Patto al fine di verificare una loro possibile applicazione anche alla questione dei richiedenti protezione per ragioni ambientali.

Nel novero della nuova governance europea si annovera la proposta di Regolamento (COM(2020) 613 final) concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore (uno dei cinque atti legislativi fondamentali componenti il Patto), che nella visione della Commissione costituirebbe uno degli strumenti di maggiore innovazione sul panorama giuridico della migrazione e asilo dell'UE.

Nell'emanare questo strumento, l'intento della Commissione era quello di introdurre un meccanismo che fosse in grado di fronteggiare – fornendo risposte tempestive in tempi brevi – situazioni emergenziali di fenomeni migratori che rendono il sistema di accoglienza incapace ad affrontarli. Il nuovo regolamento, quindi, coprirebbe i casi eccezionali di afflusso massiccio di migranti, che minano il sistema di asilo di uno Stato membro e rischiano di arrecare altresì un danno al funzionamento del complessivo sistema comune di asilo dell'UE, introducendo adeguate norme procedurali e deroghe nonché appositi meccanismi di solidarietà.

La proposta di regolamento in esame individua la “situazione di crisi” e quella di “forza maggiore” come fattori mediante i quali è possibile l'attivazione del meccanismo. La definizione di “situazione di crisi” si ricava dall'art. 1 del testo, ove si specifica trattarsi di una “situazione eccezionale” attuale o imminente: (i) di un afflusso massiccio di cittadini di paesi terzi o di apolidi; (ii) giunti o sbarcati in uno Stato membro irregolarmente; (iii) il cui numero è sproporzionato rispetto alla popolazione e al PIL dello Stato membro in questione (l'ultima versione aggiunge un riferimento anche alle “condizioni geografiche” dello Stato membro); (iv) che renda inefficace il sistema di asilo, accoglienza o rimpatrio dello Stato membro.

Quanto alla nozione di “eventi di forza maggiore”, la proposta non fornisce chiarimenti. A titolo esemplificativo, la Commissione, nella relazione accompagnatoria, fa riferimento alla pandemia da Covid-19. A tal riguardo, l'accordo raggiunto il 20 dicembre e approvato l'8 febbraio, inserisce al considerando n. 21 accanto alla pandemia un riferimento ai “natural disasters”.

Alla luce anche dell'ultimo intervento legislativo, è verosimile che entro le nozioni di “forza maggiore” e “situazioni di crisi” possano essere inclusi anche coloro che migrano a causa dei cambiamenti climatici. Senonché, a fronte di questi presupposti operativi, la proposta di regolamento originaria contemplava la possibilità di concedere lo status di protezione immediata, solamente a coloro che provenissero da Paesi terzi “esposti a elevati rischi di subire violenza indiscriminata, in situazioni eccezionali di conflitto armato, che non sono in condizione di ritornare nel loro paese di origine”. A ciò si aggiunga che nell'ultima versione della proposta di regolamento lo stesso riferimento

allo *status* di protezione immediata non sembra trovare più alcuna menzione.

Si tratta in definitiva di un'ulteriore occasione perduta per l'UE di introdurre una protezione che possa estendersi anche verso la categoria di sfollati in esame (F. PERRINI, *Il nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo ed i migranti ambientali: una categoria "dimenticata"?*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2021, p. 255 ss.; C. FRATEA, *La proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore: un limitato progresso rispetto alla direttiva sulla protezione temporanea*, in *I Post di AI-SDUE*, III, 26 gennaio 2021).

Da ultimo, in vista della prossima formale adozione del Patto, l'IOM nel gennaio 2024 ha espresso delle raccomandazioni nei confronti dei prossimi Presidenti belga e ungherese del Consiglio dell'Unione europea (*Recommendations to the Belgian and Hungarian Presidencies of the Council of the European Union in 2024*).

In esse l'IOM dedica l'intero capitolo terzo al "Develop integrated solutions to climate mobility". In primo luogo, afferma il suo entusiasmo verso l'operatività del nuovo Fondo Loss and Damage ("*represents a great step toward the acceleration of solutions related to climate mobility*"), definendo "storica" la decisione della sua istituzione nella COP 28, e conferma la sua ferma volontà di assistere l'Unione e i suoi Stati membri nella ricerca di soluzioni per affrontare la mobilità climatica.

Successivamente, considerata l'urgenza e la portata delle questioni, l'IOM da un lato invita i futuri presidenti ad adottare azioni prioritarie nella promozione dell'adattamento ai cambiamenti climatici, nonché per la prevenzione e riduzione dei rischi al fine di offrire alle persone la possibilità di restare nel loro Paese di origine, dall'altro li sprona ad intervenire con politiche volte a favorire una migrazione sicura, ordinata e regolare e al miglioramento dei percorsi migratori causati dal cambiamento climatico.

5. Da oltre un decennio le Isole del Pacifico sono tra le zone maggiormente colpite dal cambiamento climatico. L'innalzamento del livello del mare, la salinizzazione dell'acqua dolce e la siccità impediscono alle persone che le popolano un pieno godimento dei diritti alla vita, ad una sana alimentazione, all'acqua potabile, alla salute e ad un alloggio adeguato. Le stime prevedono che, salvo un drastico cambiamento di rotta, nel giro di 10-15 anni gran parte di queste terre si troverà sott'acqua; pertanto, la migrazione interna non rappresenta la soluzione definitiva al problema.

Nel corso degli ultimi anni, sono stati conclusi alcuni accordi che facilitano la mobilità degli individui provenienti dalle regioni devastate dall'in-



nalzamento del livello del mare verso la Nuova Zelanda, gli Stati Uniti o l'Argentina ("Pacific Access" visa category; Samoa quota resident visa; U.S. Policy and Compact of Free Association (COFA) Citizens: Migration from Climate-Vulnerable Countries; Programa Especial de Visado Humanitario Ambiental), si tratta tuttavia di programmi fondati su permessi lavorativi e operativi a seguito della verifica del disastro ambientale.

Diverso è stato l'approccio seguito da Australia e Tuvalu che hanno firmato il 9 novembre 2023 il primo trattato (Falepili Union Treaty) al mondo sulla mobilità climatica, che strettamente correla il fenomeno migratorio ai cambiamenti ambientali ("*by responding to current and emerging security challenges, such as climate change*"). Il primo accordo bilaterale specifico sulla mobilità climatica è stato concluso a fronte delle istanze di Tuvalu rivolte all'Australia di assistenza e supporto nel cammino nella lotta ai cambiamenti climatici.

Infatti, in primo luogo, all'art. 2 si ribadisce il desiderio reciproco e l'impegno del governo australiano affinché i cittadini e residenti di Tuvalu possano continuare a vivere nell'isola nonostante le difficoltà legate al clima, anche grazie alle novità tecnologiche che garantiscono ulteriori opportunità di adattamento. Nonostante le minacce ambientali, la stragrande maggioranza delle popolazioni del Pacifico preferisce rimanere insediata nelle sue terre, in quanto considera la migrazione come una delle più grandi forme di perdita culturale, sociale ed economica. (D. GUIFOYLE, A. GREEN, *The Australia-Tuvalu Felepili Union Treaty: Security in the face of climate change... and China?*, in *Ejil:Talk! Blog of European Journal of International Law*, 28 November 2023; J. McADAM, *Australia's offer of climate migration to Tuvalu residents is groundbreaking – and could be a lifeline across the Pacific*, 11 November 2023).

Al contempo, l'accordo predispone dei "visti climatici" volti alla realizzazione di itinerari sicuri per i cittadini di Tuvalu che vogliono emigrare (art. 3). I titolari di questi permessi potranno vivere, lavorare e studiare in Australia nonché avere accesso all'educazione, al sistema sanitario e ai sistemi di supporto finanziario familiare.

La forza e la novità di questo accordo spiccano su due fronti.

Da un canto non vincola la concessione del visto allo svolgimento di attività lavorativa o di studio in Australia. Si tratta di un programma ampio e inclusivo che permette l'accesso anche a coloro che non potrebbero rientrare nei già esistenti programmi di manodopera perché anziani o disabili. Dall'altro, a differenza degli strumenti internazionali già in vigore, concede la possibilità di muoversi per ragioni climatiche anche prima di uno specifico evento disastroso.

L'accordo prevede la possibilità di trasferimento a un massimo di 280



persone all'anno a fronte di una popolazione di circa 11.200 individui e il visto presumibilmente sarà permanente.

Il sistema di accoglienza realizzato dal Trattato va oltre gli obblighi previsti dal diritto internazionale consuetudinario e convenzionale. Il testo non effettua alcun richiamo, neppure implicitamente, alla Convenzione di Ginevra del 1951 e al principio di non-refoulement. I cittadini di Tuvalu non saranno pertanto considerati rifugiati, bensì titolari di un "visto speciale" (M. SARDO, *L'Accordo tra Australia e Tuvalu sui visti "climatici": una svolta per le migrazioni ambientali nel Pacifico?*, in *SidiBlog*, 18 dicembre 2023).

Nello stesso mese di novembre il Pacific Islands Forum, di cui fanno parte sia gli Stati più colpiti dall'innalzamento del mare (Isole Fiji, Kiribati, Isole Marshall, Isole Samoa) sia i principali fautori della crisi climatica (Australia e Nuova Zelanda), ha approvato un accordo-quadro non vincolante sulla mobilità climatica (Pacific Regional Framework on Climate Mobility) che mira a garantire i diritti per una mobilità climatica dignitosa e al contempo mantiene fermo l'impegno ad individuare gli strumenti per prevenire e limitare i danni derivanti dal cambiamento climatico (M. SARDO, *L'Accordo tra Australia e Tuvalu sui visti "climatici": una svolta per le migrazioni ambientali nel Pacifico?*, cit.).

6. La conclusione dell'accordo tra l'Australia e Tuvalu lascia un margine di speranza sui futuri sviluppi della tutela dei migranti ambientali.

Sebbene sia presto per farvi affidamento, non è escluso che questa tipologia di accordi bilaterali si replichino non solo tra altre Isole del Pacifico e l'Australia e la Nuova Zelanda, ma possano diventare un modello per programmi di accoglienza a più ampio raggio anche con riferimento ai movimenti migratori che interessano l'Unione europea.

Stante le difficoltà di far rientrare all'interno della nozione di rifugiato della Convenzione di Ginevra anche coloro che fuggono da "atti di persecuzione ambientale" (M. BRUZZESE, *La tutela internazionale ed europea dei migranti climatici: le lacune giuridiche e i tentativi di colmarle*, in *BlogDUE*, 22 giugno 2022, p. 8), potrebbe essere proprio il meccanismo dei "visti climatici" a risolvere l'attuale vuoto normativo.

Anche il sistema normativo italiano, pur avendo il merito di riconoscere la possibilità di emettere permessi per calamità, si dimostra inadeguato. Come esposto, si tratta di una forma di protezione temporanea e attivabile solo in un momento successivo al disastro ambientale. Il Falepili Union Treaty invece agisce in senso preventivo ai disastri e, garantendo dei visti permanenti, non si interroga circa il grado di inabitabilità del Paese di origine del titolare del permesso alla sua scadenza.

Ancora una volta, come avvenuto nella pronuncia Teitiota, sono le Isole del Pacifico, territori che ad oggi stanno risentendo più di altri degli effetti del cambiamento climatico, a mostrarci un nuovo cammino da intraprendere. La strada è incerta e sicuramente presenta ancora molte insidiosità ma non è escluso che possa costituire il giusto mezzo per garantire una tutela anche di questa categoria di migranti.

**Abstract (ita)**

Dopo la decisione sul caso *Teitiota*, le corti nazionali hanno iniziato a pronunciarsi in favore della protezione dei richiedenti asilo anche per ragioni climatiche. Il presente contributo si propone di fornire una panoramica dei più rilevanti e/o recenti orientamenti adottati sia a livello nazionale sia internazionale sul tema, concludendo, con un approccio positivo, sul possibile avanzamento nella tutela della migrazione forzata alla luce della conclusione del primo trattato sulla mobilità climatica.

**Abstract (eng)**

After decision on *Teitiota* case, national courts began to rule in favour of the protection of asylum seekers also due to environmental reasons. This paper aims to provide an overview of the most relevant and/or recent positions reached at both national and international level on the subject, ending with a positive approach, on the possible development in protecting forced-migration in light of the conclusion of the first treaty on climate mobility.

## LA SENTENZA *KRAJOWA RADA SĄDOWNICTWA* E I DIVERSI VOLTII DELL'INDIPENDENZA GIUDIZIARIA NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

Marco Fisicaro (Ricercatore a tempo determinato in diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza") – 24 marzo 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sentenza *Krajowa Rada Sądownictwa* e la recente giurisprudenza sui requisiti di indipendenza dell'organo remittente. – 3. Al crocevia tra art. 267 TFUE, art. 19 TUE e art. 47 della Carta: il problematico intreccio tra le diverse componenti dell'indipendenza giudiziaria. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Il 21 dicembre 2023, mentre l'attenzione generale era rivolta all'attesa pronuncia nel caso *Superleague*, la grande sezione della Corte di giustizia ha adottato una sentenza di particolare rilievo per il funzionamento della procedura di rinvio pregiudiziale e, più nello specifico, per l'interpretazione dei requisiti di indipendenza dell'organo remittente nell'ambito della nozione di "giurisdizione" di cui all'art. 267 TFUE. Per la prima volta, nella sentenza *Krajowa Rada Sądownictwa* (*Maintien en fonctions d'un juge*), la Corte ha dichiarato irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale proveniente da un organo giurisdizionale di ultima istanza, cioè la Corte suprema polacca (*Sąd Najwyższy*), in ragione dei vizi inerenti alla procedura di nomina dei membri del collegio giudicante che ha effettuato il rinvio nel caso in esame (sentenza del 21 dicembre 2023, causa C-718/21, *Krajowa Rada Sądownictwa*).

Secondo la grande sezione, tali vizi inducono a ritenere che l'organo remittente, nella composizione che ha adito la Corte in via pregiudiziale, non abbia la qualità di giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge ai sensi dell'art. 19 TUE, letto alla luce dell'art. 47 della Carta, e di conseguenza non soddisfi neanche i requisiti di indipendenza necessari per poter essere qualificato come "giurisdizione" ai sensi dell'art. 267 TFUE. Come noto, infatti, l'indipendenza rientra tra i criteri adottati dalla Corte per individuare gli organi nazionali che, in virtù dell'esercizio di funzioni di carattere giurisdizionale, siano abilitati ad attivare la procedura di rinvio pregiudiziale (si vedano, nell'ambito di una giurisprudenza costante, la sentenza del 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, punto 23 e, più di recente, la sentenza del 21 gennaio 2020, causa C-274/14, *Banco de Santander*, punto 51. Per un'analisi recente dei criteri *Dorsch Consult*, si veda V. CAPUANO, *Le*

*condizioni soggettive di ricevibilità del rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 33 ss.).

La sentenza è senza precedenti per due ragioni. Innanzitutto, si tratta del primo caso in cui l'applicazione dei criteri soggettivi di ricevibilità che compongono la nozione di "giurisdizione" conduce la Corte a escludere dal *dialogue de juges* un organo tipicamente giurisdizionale, peraltro di ultima istanza. Tradizionalmente, infatti, tali criteri sono stati impiegati per ampliare il novero degli interlocutori della Corte di giustizia al di là degli organi *stricto sensu* giudiziari, in modo da garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea da parte di tutti gli organi che, indipendentemente dalla loro qualifica, esercitassero funzioni di carattere giurisdizionale negli ordinamenti nazionali.

Il secondo elemento di novità della sentenza è legato, più specificamente, all'interpretazione dei requisiti di indipendenza dell'organo remittente nell'ambito dell'art. 267 TFUE. La valutazione svolta dalla Corte sotto questo profilo, infatti, non è incentrata, come di consueto, sull'analisi complessiva delle garanzie di indipendenza dell'organo remittente in quanto tale, bensì sullo statuto di indipendenza dei singoli giudici che compongono il collegio giudicante nel caso in esame. La Corte, dunque, rovescia la presunzione elaborata nella recente sentenza *Getin Noble Bank*, secondo la quale, "laddove una domanda di pronuncia pregiudiziale promani da un organo giurisdizionale nazionale, si deve presumere che quest'ultimo soddisfi tali requisiti [...] indipendentemente dalla sua concreta composizione" (sentenza del 29 marzo 2022, causa C-132/20, *Getin Noble Bank*, punto 69). Come si mostrerà più nel dettaglio nel prossimo paragrafo, la decisione della Corte affonda le proprie radici nel delicato intreccio tra l'interpretazione del requisito di indipendenza quale componente della nozione di "giurisdizione" di cui all'art. 267 TFUE e la giurisprudenza sull'indipendenza giudiziaria sviluppata sulla base degli articoli 19 TUE e 47 della Carta a partire dalla celebre sentenza nel caso *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (sentenza del 27 febbraio 2018, causa C-64/16).

In questo commento, dopo aver brevemente ricostruito la sentenza *Krajowa Rada Sądownictwa* nell'ambito della giurisprudenza sui requisiti di indipendenza dell'organo remittente, ci si soffermerà sulle principali criticità che emergono dalla parziale sovrapposizione dei diversi filoni giurisprudenziali relativi all'indipendenza giudiziaria nella prassi recente della Corte. Criticità che, a parere di chi scrive, avrebbero dovuto condurre la Corte a differenziare in maniera più chiara il proprio standard di giudizio alla luce delle diverse funzioni svolte dal criterio di indipendenza, da un lato, nell'am-

bito del sindacato di ricevibilità del rinvio pregiudiziale e, dall'altro, nello scrutinio fondato sugli articoli 19 TUE e 47 della Carta.

2. La Corte ha per lungo tempo mostrato una certa ritrosia ad abbandonare la tradizionale interpretazione estensiva della nozione di “giurisdizione” di cui all'art. 267 TFUE e, in particolare, del criterio relativo all'indipendenza dell'organo remittente. L'esigenza di promuovere il ricorso al rinvio pregiudiziale e, per questa via, la corretta e uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali ha generalmente prevalso sulle critiche avanzate a più riprese da influenti Avvocati generali, tra i quali Tesouro (causa C-54/96, *Dorsch Consult*), Saggio (causa C-103/97, *Köllensperger* e cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa*) e Ruiz-Jarabo Colomer (causa C-17/00, *De Coster*).

Nel periodo più recente, tuttavia, la crescente familiarità degli operatori nazionali con lo strumento del rinvio pregiudiziale e l'avvertita esigenza di tenere in considerazione gli sviluppi giurisprudenziali relativi alla tutela dell'indipendenza giudiziaria hanno contribuito a indurre un parziale irrigidimento della nozione di “giurisdizione” e, più in generale, del sindacato di ricevibilità delle domande pregiudiziali (si vedano, tra gli altri, N. WAHL, L. PRETE, *The Gatekeepers of Article 267 TFEU: On Jurisdiction and Admissibility of References for Preliminary Rulings*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 511 ss.; M. BROBERG, N. FENGER, *The European Court of Justice's Transformation of its Approach towards Preliminary References from Member State Administrative Bodies*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2022, p. 169 ss.).

L'evoluzione, pur non del tutto lineare, del controllo relativo ai requisiti di indipendenza dell'organo remittente rappresenta una delle manifestazioni più visibili di questa tendenza.

In primo luogo, soprattutto in seguito alla sentenza *Banco de Santander*, la Corte sembra avere inasprito il controllo sulle garanzie di indipendenza degli organi non giudiziari, limitandone in alcuni casi l'accesso al canale di dialogo previsto dall'art. 267 TFUE. Nella pronuncia appena citata, dopo aver annunciato l'intenzione di riesaminare il criterio di indipendenza alla luce della più recente giurisprudenza fondata sugli articoli 19 TUE e 47 della Carta (*Banco de Santander*, cit., punto 55 ss.), la Corte ha invero superato l'orientamento risalente alla sentenza *Gabalfrisa* (sentenza del 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98) e dichiarato irricevibile la domanda pregiudiziale proveniente dal *Tribunal Económico Administrativo Central* proprio in ragione dell'assenza dei necessari requisiti di indipenden-

za in capo all'organo remittente. La giurisprudenza successiva a *Banco de Santander* sembra testimoniare, in effetti, una valutazione più approfondita dello statuto di indipendenza degli organi non giudiziari rispetto al passato (si vedano, seppure con esiti diversi, la sentenza del 16 settembre 2020, causa C-462/19, *Anesco*, la sentenza del 13 gennaio 2022, causa C-55/20, *Minister Sprawiedliwości* e la sentenza del 26 gennaio 2023, causa C-403/21, *NV Construct*).

In secondo luogo, nella sentenza *Getin Noble Bank*, la Corte ha aperto alla possibilità di escludere dal *dialogue des juges* anche organi tipicamente giudiziari che, tuttavia, non soddisfino più i requisiti richiesti dagli articoli 19 TUE e 47 della Carta in ragione di vizi inerenti alle modalità di nomina dei giudici che li compongono. In tale pronuncia, la Corte ha dapprima forgiato una presunzione relativa secondo la quale, “laddove una domanda di pronuncia pregiudiziale promana da un organo giurisdizionale nazionale, si deve presumere che quest'ultimo soddisfi tali requisiti [...] indipendentemente dalla sua concreta composizione” (*Getin Noble Bank*, cit., punto 69). In un passaggio successivo, la Corte ha tuttavia precisato che tale presunzione può essere rovesciata qualora “una decisione giudiziaria definitiva emessa da un organo giurisdizionale nazionale o internazionale porti a ritenere che il giudice costituente il giudice del rinvio non abbia la qualità di organo giurisdizionale indipendente, imparziale e precostituito per legge, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, letto alla luce dell'articolo 47, secondo comma, della Carta” (*Getin Noble Bank*, cit., punto 72). Nel caso in esame, il giudice autore del rinvio era stato in effetti ritenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo non conforme ai requisiti di “independent and impartial tribunal established by law” di cui all'art. 6 CEDU in ragione di vizi inerenti alla procedura di nomina (sentenza del 3 febbraio 2022, ricorso n. 1469/20, *Advance Pharma v Poland*), ma tale sentenza è divenuta definitiva solo dopo la pronuncia della Corte in *Getin Noble Bank* e, in ogni caso, dopo la chiusura della fase orale del procedimento. Per tale ragione, la Corte ha dichiarato la domanda ricevibile (*Getin Noble Bank*, cit., punto 73).

Rinviano al prossimo paragrafo le considerazioni critiche sull'approccio adottato in tale pronuncia, è opportuno segnalare che la giurisprudenza successiva ha evidenziato le difficoltà sostanziali e procedurali di integrare le condizioni richieste per superare la presunzione elaborata in *Getin Noble Bank*. In due sentenze del 13 ottobre 2022, la Corte ha infatti dichiarato ricevibili dei rinvii provenienti da collegi giudicanti che comprendevano giudici interessati dalla già citata sentenza *Advance Pharma* (divenuta intanto definitiva il 3 maggio 2022) e, in uno dei due casi, persino lo stesso giudice



costituente il giudice del rinvio in *Getin Noble Bank* (sentenza del 13 ottobre 2022, causa C-698/20, *Gmina Wieliszew* e sentenza del 13 ottobre 2022, causa C-355/21, *Perfumesco*). Queste sentenze hanno chiarito che la Corte non è propensa a svolgere tale controllo *ex officio* e che la presunzione forgiata in *Getin Noble Bank* possa essere rovesciata solo in presenza di elementi “concreti e precisi” portati a conoscenza della Corte al più al momento del passaggio della causa in decisione (cfr. *Perfumesco*, cit., punto 35; *Gmina Wieliszew*, cit., punto 60).

La sentenza *Krajowa Rada Sądowictwa* rappresenta il primo caso in cui sono state ritenute integrate le condizioni per rovesciare tale presunzione. Il Mediatore polacco e la Commissione, supportati anche da Belgio e Paesi Bassi, hanno utilmente portato all'attenzione della Corte i vizi relativi alla procedura di nomina dei membri del collegio giudicante costituente il giudice del rinvio nel caso in esame, allegando tra l'altro due sentenze definitive rese l'una dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Doli ska-Ficek e Ozimek* (sentenza dell'8 novembre 2021, ricc. nn. 49868/19 e 57511/19) e l'altra dalla Corte suprema amministrativa polacca (*Naczelny Sąd Administracyjny*) il 21 settembre 2021. Dall'analisi delle sentenze citate, nonché della rilevante giurisprudenza della Corte in materia (sentenza del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a.*; sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-487/19, *W.*), la grande sezione ha concluso che “il collegio giudicante della Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte suprema polacca [...] non abbia, a causa delle modalità che hanno presieduto alla nomina dei giudici che lo compongono, la qualità di giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge” ai sensi dell'art. 19, par. 1, c. 2 TUE, letto alla luce dell'art. 47 della Carta, “cosicché tale collegio non costituisce una “giurisdizione” ai sensi dell'articolo 267 TFUE” (*Krajowa Rada Sądowictwa*, cit., punto 58). Ritenute, dunque, integrate le condizioni per rovesciare la presunzione elaborata in *Getin Noble Bank*, la Corte ha dichiarato la domanda irricevibile.

Ai limitati fini del presente contributo, non è necessario ricostruire nel dettaglio le ragioni che conducono la Corte a considerare il collegio giudicante carente dei requisiti di indipendenza richiesti dall'art. 19 TUE, letto alla luce dell'art. 47 della Carta. Può, tuttavia, essere utile sottolineare come la conclusione cui giunge la Corte poggia sulla valutazione congiunta di una serie di fattori, sia “circostanziali” che “sistemici” (*Krajowa Rada Sądowictwa*, cit., punto 77. Sull'utilizzo di criteri sistemici nella giurisprudenza sull'indipendenza giudiziaria, si vedano, tra i contributi più recenti, M. LELOUP, *The Untapped Potential of the Systemic Criterion in the ECJ's Case Law*

on *Judicial Independence*, in *German Law Journal*, 2023, p. 995 ss.; A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Napoli, 2023, in particolare pp. 119-125; nonché A. VON BOGDANDY, *Principles of a Systemic Deficiencies Doctrine: How to Protect Checks and Balances in the Member States*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 705 ss.). Sulla scorta degli elementi accertati nelle citate sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte suprema amministrativa polacca, la grande sezione evidenzia la gravità dei vizi inficianti la procedura di nomina dei membri del collegio anche alla luce del più ampio quadro di riforme che hanno riguardato l'organizzazione della Corte suprema e del Consiglio nazionale della magistratura (*Krajowa Rada Sądowictwa*) in Polonia, sottolineando come la "combinazione di tali fattori" sia idonea a suscitare dubbi legittimi, nei singoli, quanto all'indipendenza del collegio giudicante (*Krajowa Rada Sądowictwa*, cit., punto 77).

Come anticipato, la Corte non si spinge fino al punto di dichiarare che la Corte suprema polacca, in quanto tale, non abbia la qualità di "giurisdizione" ai sensi dell'art. 267 TFUE, limitando la propria valutazione ai soli membri del collegio giudicante che ha effettuato il rinvio nel caso in esame. Nondimeno, la grande sezione nota come le valutazioni svolte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Doli ska-Ficek e Ozimek*, pur interessando direttamente solo uno dei membri del collegio giudicante della Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche da cui promana il rinvio, "valgono indifferentemente per tutti i giudici di detta sezione nominati [...] in circostanze analoghe" (*Krajowa Rada Sądowictwa*, cit., punto 53). Oltre a fornire alcune indicazioni per altri rinvii provenienti dalla Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte suprema polacca (si veda, ad esempio, la causa pendente C-720/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*), questo passaggio mostra come le sentenze definitive rese dagli organi giurisdizionali nazionali e internazionali citati, pur rappresentando una condizione necessaria per rovesciare la presunzione elaborata in *Getin Noble Bank*, costituiscano solo un punto di partenza nella valutazione svolta dalla Corte sul possesso o meno dei requisiti previsti dall'art. 19 TUE, letto alla luce dell'art. 47 della Carta.

3. Se si accoglie lo schema interpretativo adottato in *Getin Noble Bank*, è difficile non condividere le conclusioni cui giunge la Corte nel caso *Krajowa Rada Sądowictwa*. Non risulta particolarmente controverso, infatti, che nel caso in esame ricorrano le condizioni richieste per rovesciare la presunzione sul possesso dei requisiti di "giurisdizione" da parte del colle-

gio giudicante della Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte suprema polacca. Gli elementi di fatto e di diritto su cui si basa la decisione della Corte di giustizia sono stati accertati in via definitiva in sentenze pronunciate da organi giurisdizionali nazionali (Corte suprema amministrativa polacca) e internazionali (Corte europea dei diritti dell'uomo), dalle quali si può dedurre che il collegio giudicante autore del rinvio, a causa delle modalità di nomina dei membri che lo compongono, non possa essere qualificato come un giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge ai sensi dell'art. 19 TUE, letto alla luce dell'art. 47 della Carta.

Ciò che si intende criticare nel presente scritto è, invero, la premessa argomentativa della sentenza, e cioè che i vizi inerenti alla procedura di nomina dei singoli giudici che compongono il collegio giudicante da cui promana il rinvio siano idonei a determinare l'irricevibilità di una domanda pregiudiziale anche qualora, come nel caso in esame, l'organo remittente in cui sono incardinati gli stessi giudici soddisfi, in quanto tale, i requisiti per essere qualificato come "giurisdizione" ai sensi dell'art. 267 TFUE. Tale premessa argomentativa, delineata in *Getin Noble Bank* e confermata in *Krajowa Rada Sądownictwa*, trae le proprie origini dal problematico intreccio tra l'interpretazione del requisito di indipendenza dell'organo remittente come componente della nozione di "giurisdizione" di cui all'art. 267 TFUE e il filone giurisprudenziale sulla tutela dell'indipendenza giudiziaria fondato sugli articoli 19 TUE e 47 della Carta (su cui si permetta il rinvio alle considerazioni svolte in M. FISICARO, *La Corte di giustizia nella sala degli specchi: il principio di indipendenza giudiziaria tra art. 267 TFUE, art. 47 della Carta e art. 19 TUE*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 384 ss.).

Prima della sentenza *Getin Noble Bank*, infatti, i vizi attinenti alla posizione individuale dei giudici costituenti il giudice del rinvio non erano mai stati oggetto di particolare attenzione nel sindacato di ricevibilità *ex art.* 267 TFUE (M. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2014<sup>2</sup>, p. 63). Come suggerito dall'Avvocato generale Bobek nelle sue conclusioni al caso *Getin Noble Bank*, "l'articolo 267 TFUE stabilisce un dialogo tra *istituzioni* giudiziarie, non tra gli *individui* di cui tali istituzioni sono composte" (conclusioni dell'8 luglio 2021, causa C-132/20, punto 65). Di conseguenza, la Corte si è tradizionalmente concentrata sulle caratteristiche strutturali e istituzionali dell'organo remittente, e ciò anche nei casi in cui il rinvio provenisse da organi monocratici (si veda, ad esempio, la nota sentenza dell'11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò*).

L'estensione del sindacato di ricevibilità delle domande pregiudiziali a

questioni inerenti alle modalità di nomina dei singoli giudici e alla composizione del collegio giudicante costituente il giudice del rinvio è stata adottata, invero, dagli sviluppi giurisprudenziali sul versante dell'art. 47 della Carta e dell'art. 19 TUE. È nel contesto applicativo di queste disposizioni che la Corte di giustizia, in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha chiarito che tali elementi possono incidere sul requisito secondo il quale il giudice debba essere "precostituito per legge", qualora siano di natura e gravità tale da suscitare dubbi legittimi nei singoli quanto all'indipendenza del giudice interessato (si vedano, in particolare, la sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Riesame Simpson c. Consiglio* e la sentenza del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia*. In dottrina, C. RIZCALLAH, V. DAVIO, *The Requirement that Tribunals be Established by Law: A Valuable Principle Safeguarding the Rule of Law and Separation of Powers in a Context of Trust*, in *European Constitutional Law Review*, 2021, p. 581 ss.; A. ROSANÒ, *La nozione di tribunale costituito per legge nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea: considerazioni alla luce di alcune recenti sentenze*, in *rivista.eurojus.it*, 2021, p. 38 ss.; B. SMULDERS, *Increasing Convergence Between the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union in their Recent Case Law on Judicial Independence: The Case of Irregular Judicial Appointments*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 105 ss.).

Le sentenze *Getin Noble Bank* e *Krajowa Rada Sądownictwa* costituiscono una parziale trasposizione di quest'evoluzione giurisprudenziale nel diverso contesto applicativo del sindacato di ricevibilità delle domande pregiudiziali, nella misura in cui ammettono che vizi attinenti alla procedura di nomina dei giudici costituenti il giudice del rinvio siano idonei a determinare l'irricevibilità della domanda pregiudiziale per carenza dei necessari requisiti di indipendenza dell'organo remittente.

Tuttavia, la sovrapposizione tra i due filoni giurisprudenziali, che pure risponde ad avvertite esigenze di coerenza nell'approccio interpretativo al tema dell'indipendenza giudiziaria (su cui si veda S. BARBIERI, *Il dilemma nel dialogo: indipendenza del giudice del rinvio e crisi dello Stato di diritto fra coerenza ed effettività*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE*, serie speciale, n. 2, Napoli, 2022, p. 464 ss.), sembra non tenere adeguatamente in considerazione le differenti funzioni svolte dal requisito di indipendenza nelle diverse cornici normative di riferimento.

Contrariamente a quanto avviene nell'ambito degli articoli 19 TUE e 47 della Carta, il criterio di indipendenza come componente della nozione

di “giurisdizione” di cui all’art. 267 TFUE non è inteso a garantire l’indipendenza dei giudici nazionali nei settori coperti dal diritto dell’Unione, né tantomeno può fungere da strumento di tutela dei valori sanciti all’art. 2 TUE. D’altronde, dichiarare irricevibile una domanda pregiudiziale non impedisce al giudice nazionale asseritamente non indipendente di applicare il diritto dell’Unione europea nel giudizio *a quo*. L’unica conseguenza pratica della pronuncia di irricevibilità, invero, è legata all’impossibilità per la Corte di giustizia di esercitare un controllo sulla corretta interpretazione e applicazione della normativa rilevante da parte del giudice nazionale. Ciò può incidere non solo sull’uniforme applicazione del diritto dell’Unione europea negli ordinamenti nazionali, ma anche sul diritto alla tutela giurisdizionale effettiva delle parti coinvolte nel giudizio *a quo*, le quali vengono private della tutela “indiretta” offerta dalla Corte di giustizia tramite il procedimento pregiudiziale proprio laddove un controllo sull’operato del giudice nazionale risulti maggiormente necessario. Come già evidenziato dall’Avvocato generale Wahl nelle conclusioni al caso *Torresi* (conclusioni del 10 aprile 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*, punti 48-49), proprio le ragioni connesse all’esigenza di garantire una tutela giurisdizionale effettiva nei settori coperti dal diritto dell’Unione europea militerebbero a favore di un’interpretazione meno rigida del criterio di indipendenza come componente della nozione di “giurisdizione” di cui all’art. 267 TFUE, rispetto al diverso contesto applicativo dell’art. 47 della Carta o dell’art. 19 TUE.

In questo senso, l’impostazione proposta dall’AG Rantos in *Krajowa Rada Sądowictwa* (conclusioni del 2 marzo 2023, causa C-718/21) e, ancora prima, dall’AG Bobek in *Getin Noble Bank* (conclusioni al caso *Getin Noble Bank*, cit.), i quali sostenevano l’esigenza di una modulazione dello standard di giudizio relativo ai requisiti di indipendenza sulla base della cornice normativa di riferimento, appare più adeguata rispetto all’approccio adottato dalla Corte di giustizia.

In particolare, i vizi inerenti alla procedura di nomina di singoli giudici possono certamente assumere rilievo nell’ambito dell’art. 47 della Carta, il quale, garantendo un diritto individuale, richiede per sua natura di verificare se le circostanze specifiche del caso in esame siano idonee a garantire che il collegio giudicante risponda ai parametri di un giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge. Al contrario, in linea di principio, tali elementi non dovrebbero avere rilievo nell’ambito del sindacato di ricevibilità del rinvio pregiudiziale, almeno fintantoché non siano sintomatici di una complessiva carenza di indipendenza dell’organo remittente. È l’organo, non i singoli giudici che lo compongono, a prendere parte al dialogo giudi-

ziario con la Corte di giustizia, ed è dunque l'organo in quanto tale a dover possedere le caratteristiche di una "giurisdizione" di cui all'art. 267 TFUE.

Nel caso *Krajowa Rada Sądowictwa*, la Corte non mette in dubbio che l'organo da cui promana il rinvio, cioè la Corte Suprema polacca, sia qualificabile come "giurisdizione" (si veda, in particolare, il punto 41 della sentenza *Krajowa Rada Sądowictwa*, cit.), ma ciò nondimeno – in linea con la giurisprudenza *Getin Noble Bank* – ritiene di dover estendere l'esame anche alla posizione dei membri del collegio giudicante, concludendo infine per l'irricevibilità della domanda pregiudiziale.

4. La sentenza *Krajowa Rada Sądowictwa* mette in luce le criticità generate dalla sovrapposizione delle diverse componenti dell'indipendenza giudiziaria nell'ordinamento dell'Unione europea. Come si è mostrato, la scelta nel senso dell'irricevibilità ha delle ricadute sia sulla corretta e uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali, tradizionalmente ritenuta la funzione principale svolta dal rinvio pregiudiziale (si vedano, tra le altre, la sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, p. 23; nonché il parere 2/13 – Adesione dell'Unione alla CEDU del 18 dicembre 2014, punto 176), che sul diritto a una tutela giurisdizionale effettiva delle parti nel giudizio *a quo*, le quali vengono private del controllo svolto dalla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, peraltro nell'ambito di un giudizio di ultima istanza.

Naturalmente si comprende la preoccupazione, avvertita anche dalla Corte (si veda *Getin Noble Bank*, cit., punto 74), di non "legittimare", attraverso il sindacato di ricevibilità *ex art.* 267 TFUE, giudici che non garantiscono i necessari requisiti di indipendenza richiesti nell'ambito dell'art. 19 TUE e/o dell'art. 47 della Carta (sul punto, si vedano L. PECH, S. PLATON, *How Not to Deal with Poland's Fake Judges' Requests for a Preliminary Ruling: A Critical Analysis of AG Bobek's Proposal in Case C-132/20*, in *verfassungsblog.de*, 28 July 2021; D. KOCHENOV, P. BÁRD, *Kirchberg Salami Lost in Bosphorus: The Multiplication of Judicial Independence Standards and the Future of the Rule of Law in Europe*, in *Journal of Common Market Studies*, 2022, pp. 153 e 154). Allo stesso tempo, ci si potrebbe chiedere se non sia proprio l'ambivalenza nella definizione dei rapporti tra le diverse componenti dell'indipendenza giudiziaria a sollevare tale problema e se, di converso, una più chiara differenziazione dello standard di giudizio nei diversi contesti applicativi non risulti più idonea a evitare sovrapposizioni logiche tra il giudizio svolto ai sensi dell'art. 267 TFUE e quello relativo agli articoli 19 TUE e 47 della Carta.



Modulare lo standard di giudizio relativo ai requisiti di indipendenza sulla base delle specificità della cornice normativa di riferimento, infatti, non equivale a sminuirne l'importanza, ma solo a tenere adeguatamente in considerazione le differenti funzioni svolte dalle tre disposizioni più volte richiamate: da un lato, contribuire a individuare gli interlocutori istituzionali della Corte nel procedimento pregiudiziale (art. 267 TFUE), dall'altro salvaguardare l'indipendenza dei giudici nazionali in qualità di giudici decentrati dell'Unione e garantire una tutela giurisdizionale effettiva nel cono d'ombra del diritto dell'Unione (art. 19 TUE e art. 47 della Carta). In tale ottica, alcuni elementi – come quelli relativi alle modalità di nomina di singoli giudici – potrebbero assumere maggiore o minor rilievo a seconda della tipologia di giudizio svolto dalla Corte e del contesto normativo di riferimento.

Volgendo lo sguardo agli effetti della sentenza *Krajowa Rada Sądownictwa* nell'ordinamento polacco, è infine opportuno svolgere alcune brevi considerazioni prima di chiudere.

Nel breve periodo, anche alla luce di quanto affermato al punto 53 della sentenza *Krajowa Rada Sądownictwa*, è probabile che la Corte dichiari irricevibile il rinvio proveniente dalla stessa Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte suprema polacca nella causa pendente C-720/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich* (Recours extraordinaire polonais). Anche in questo caso, uno dei tre membri del collegio giudicante è direttamente interessato dalla sentenza resa dalla Corte europea in *Doli ska-Ficek e Ozimek* e gli altri due membri sono stati nominati sulla base della stessa procedura viziata. Dunque, almeno sul piano sostanziale, non ci sono particolari differenze tra tale causa pendente e la causa decisa con la sentenza oggetto di questo commento.

Inoltre, su un piano più generale, va evidenziato che alcune delle criticità inerenti alla procedura di nomina dei giudici costituenti il giudice del rinvio nel caso in esame riguardano, in realtà, un elevato numero di giudici incardinati in tribunali ordinari e amministrativi in Polonia. Seppure la Corte abbia mostrato di tenere in considerazione diversi fattori, di natura sia circostanziale che sistemica, nell'ambito della valutazione sulle condizioni richieste per superare la presunzione elaborata in *Getin Noble Bank*, la pronuncia potrebbe avere dunque implicazioni anche al di là della controversa Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte suprema polacca. Occorre peraltro rilevare che, con riferimento ai tribunali ordinari e amministrativi di ultima istanza, la sentenza apre uno scenario per cui, da un lato, tali organi risultano obbligati a effettuare il rinvio ai sensi dell'art. 267(3) TFUE, ma dall'altro il rinvio potrebbe risultare struttural-



mente irricevibile in base alla composizione del collegio giudicante da cui promana (sui problemi di coordinamento con l'obbligo di rinvio, si veda anche R. CISOTTA, *The Bitter Sweet Symphony of Courts in Europe's Moment*, in G. CONTALDI, R. CISOTTA (a cura di), *Courts, Values and European Identity*, numero speciale pubblicato in *rivista.eurojus.it*, 2022, p. 3 ss., in particolare pp. 14-17).

Infine, bisogna considerare il delicato momento di transizione politica e istituzionale che sta attraversando la Polonia dopo le elezioni dello scorso autunno. A meno che tutti i giudici nominati durante il governo guidato da PiS vengano rimossi e sostituiti, il che potrebbe risultare problematico sia in termini giuridici che pratici (J. MORIJN, *Polish Re-Democratisation as "Building Back Better"*, in *verfassungsblog.de*, 16 February 2024), ci si potrebbe chiedere se e in che misura i vizi relativi alle modalità di nomina di tali giudici, ormai accertati in varie sentenze di organi giurisdizionali nazionali e internazionali, continueranno a rappresentare un ostacolo all'accesso alla procedura di rinvio pregiudiziale pur in un eventuale nuovo quadro istituzionale. Per un verso, la Corte potrebbe giungere a soluzioni diverse facendo ricorso a criteri sistemici, che valorizzino l'apparato complessivo delle garanzie di indipendenza al momento della presentazione della domanda pregiudiziale. Per altro verso, le criticità inerenti alla nomina di tali giudici, nel contesto delle riforme intervenute in Polonia fino all'autunno del 2023, potrebbero continuare a inficiare l'apparenza di indipendenza degli stessi.

Anche alla luce di queste considerazioni, limitare il sindacato di ricevibilità all'esame delle garanzie di indipendenza dell'organo e, più in generale, riconoscere che il giudizio svolto sulla base dell'art. 267 TFUE costituisce "un esercizio qualitativamente diverso" rispetto al controllo fondato sugli articoli 19 TUE e 47 della Carta (conclusioni dell'AG Tanchev del 27 giugno 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.*, punto 111) avrebbe rappresentato un approccio più appropriato al delicato problema di definire i rapporti tra le diverse componenti dell'indipendenza giudiziaria nell'ordinamento dell'Unione europea.

### Abstract (ita)

Nella sentenza *Krajowa Rada Sądownictwa* (Maintien en fonctions d'un juge), la Corte di giustizia ha, per la prima volta, dichiarato irricevibile una domanda di pronuncia pregiudiziale proveniente dalla Corte suprema polacca, in ragione dei vizi inerenti alle modalità di nomina dei membri del collegio giudicante da cui promana il rinvio. Il caso solleva nuovamente il delicato problema di definire i rapporti tra il criterio di indipendenza come componente della nozione di "giurisdizione" ai sensi dell'art. 267 TFUE e il filone giurisprudenziale relativo al principio di indipendenza giudiziaria fondato sugli articoli 19 TUE e 47 della Carta. Il commento esamina criticamente la premessa argomentativa della sentenza, fondata sulla parziale sovrapposizione dei diversi filoni giurisprudenziali relativi all'indipendenza giudiziaria, alla luce delle funzioni differenti svolte dal requisito d'indipendenza nei rispettivi ambiti di applicazione degli articoli 267 TFUE, 19 TUE e 47 della Carta.

### Abstract (eng)

For the first time, in the judgment *Krajowa Rada Sądownictwa* (Maintien en fonctions d'un juge), the Court of Justice has declared inadmissible a request for a preliminary ruling made by the Polish Supreme Court due to irregularities in the appointment procedure of the members of the panel adjudicating in the national proceeding. The case raises once again the delicate issue of defining the relations between the independence criterion as part of the notion of 'court or tribunal' under article 267 TFEU and the Court's case law on the principle of judicial independence based on articles 19 TEU and 47 of the Charter. This comment critically analyses the partial overlap between the different strands of the Court's case law on judicial independence, which lies at the basis of the judgment *Krajowa Rada Sądownictwa*, in light of the different functions performed by the independence requirement under articles 267 TFEU, 19 TEU and 47 of the Charter.



CONFLITTO TRA CORTI SUL DIRITTO ALLA MONETIZZAZIONE  
DELLE FERIE NON GODUTE NELL'IMPIEGO PUBBLICO:  
LA SENTENZA *BU c. COMUNE DI COPERTINO*

Miriana Lanotte (Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea presso  
l'Università Alma Mater Studiorum di Bologna) – 4 aprile 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti di causa e le conclusioni dell'AG. – 3. La sentenza della Corte di giustizia. – 4. Il commento: il contesto giurisprudenziale in cui si inserisce la sentenza *BU c. Comune di Copertino*. – 5. *Segue*: il conflitto tra Corti: l'affermazione dei diritti sociali, ma a quale costo?

1. In data 18 gennaio 2024, la Corte di giustizia ha emesso la sentenza relativa al caso *BU c. Comune di Copertino*, nella quale ha risposto alla questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 7 della direttiva 2003/88/CE concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro e dell'art. 31, par. 2, CdFUE relativo a condizioni di lavoro giuste ed eque (sentenza del 18 gennaio 2024, causa C-218/22. Si v. N. LAZZERINI, *Niente di nuovo sotto il sole (di Lussemburgo): il divieto di monetizzazione delle ferie non godute dei dipendenti pubblici al vaglio della Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 2024). In particolare, il giudice a quo chiede se gli articoli citati debbano essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che, per ragioni attinenti al contenimento della spesa pubblica e alle esigenze organizzative del datore di lavoro pubblico, prevede il divieto di monetizzazione dei giorni di ferie maturati (nell'anno in corso e in quelli precedenti) qualora egli ponga fine volontariamente a tale rapporto e non abbia dimostrato di non aver goduto delle ferie nel corso di detto rapporto di lavoro per ragioni indipendenti dalla sua volontà.

Sinteticamente, gli interessi in gioco sono: da una parte, il diritto del lavoratore al pagamento delle ferie non godute anche quando decide di porre fine al rapporto di lavoro, dall'altra parte, la possibilità del legislatore nazionale di limitare tale diritto in virtù di talune esigenze, come, nel caso di specie, quella di razionalizzare e rendere sostenibili gli oneri a carico della finanza pubblica e di organizzare in maniera efficiente il lavoro della pubblica amministrazione.

La pronuncia appare di particolare importanza non solo e non tanto perché ribadisce l'orientamento atto a rafforzare i diritti sociali sinora sostenuto dalla Corte di giustizia, ma soprattutto perché “sconfessa” quanto affermato precedentemente sul tema dalla Corte costituzionale italiana.

Il presente contributo ha due obiettivi: in primo luogo, dare conto delle conclusioni dell'AG (v. *infra*, par. 2) e del ragionamento giuridico sotteso alla sentenza della Corte (v. *infra*, par. 3); e, in secondo luogo, svolgere alcune riflessioni circa il contesto in cui la pronuncia si inserisce (v. *infra*, par. 4) e il "conflitto" tra Corte di giustizia e Corte costituzionale che questa ha generato (v. *infra*, par. 5). Si ritiene che alla base della divergenza di orientamenti tra le Corti vi sia un tema più ampio che occorre sottoporre ancora una volta al dibattito scientifico e che sembra necessario che la Corte di giustizia tenga in debita considerazione: quello del bilanciamento tra il riconoscimento effettivo dei diritti sociali e il rispetto dei vincoli di bilancio.

2. Il rinvio pregiudiziale origina da una controversia nazionale sottoposta al Tribunale di Lecce che ha visto contrapporsi due parti: da un lato, BU, istruttore direttivo presso il Comune di Copertino che, dopo aver cessato le sue funzioni per accedere al pensionamento anticipato, ha proposto una domanda di monetizzazione di 79 giorni di ferie non godute; dall'altro, il Comune di Copertino, in qualità di convenuto, che ha contestato tale domanda dinanzi al giudice del rinvio, richiamando l'articolo 5, comma 8, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95.

Siffatta disposizione nazionale prevede che "le ferie, i riposi ed i permessi spettanti al personale, anche di qualifica dirigenziale, delle amministrazioni pubbliche (...) sono obbligatoriamente fruiti secondo quanto previsto dai rispettivi ordinamenti e non danno luogo in nessun caso alla corresponsione di trattamenti economici sostitutivi". Questa norma "si applica anche in caso di cessazione del rapporto di lavoro per mobilità, dimissioni, risoluzione, pensionamento e raggiungimento del limite di età".

Sebbene la Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 95/2016, si fosse già pronunciata sulla legittimità dell'art. 5, comma 8, del decreto citato, argomentando la compatibilità di questo ultimo con il diritto dell'Unione (M. CORTI, *Legislazione anticrisi e diritto alle ferie: i difficili equilibri della Corte costituzionale*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 4, 2016), il giudice *a quo* continuava a nutrire dei dubbi, tanto da richiedere l'interpretazione degli artt. 7 della direttiva 2003/88/CE, e 31, par. 2, CdFUE in relazione alla citata disposizione nazionale.

L'AG, nelle sue conclusioni, ritiene che le condizioni alle quali l'art. 7 della direttiva sottopone il diritto al pagamento delle ferie non godute dimostrano che la *ratio* della disposizione è quella di privilegiare l'effettiva fruizione delle ferie coerentemente con l'esigenza di tutelare la salute dei lavoratori. Si tratta, infatti, di un diritto che ha un preciso periodo di riferimento

(che è di solito un anno) e che può essere esercitato solo laddove il contratto di lavoro sia concluso, perché, diversamente, se il lavoratore è ancora in servizio, non può chiedere l'indennità finanziaria. Pertanto, la sostituzione del diritto alle ferie annuali retribuite con una compensazione finanziaria è una opzione residuale.

Secondo l'AG, visto che l'indennità finanziaria non è un diritto autonomo riconosciuto ai lavoratori – i quali non possono scegliere di fruire di un'indennità finanziaria in luogo delle ferie annuali retribuite – gli Stati membri possono imporre condizioni di esercizio del diritto alle ferie annuali al fine di incoraggiare l'effettiva fruizione delle stesse.

Fatta questa premessa, l'AG afferma che la direttiva non osta a una normativa nazionale che proibisce la monetizzazione delle ferie annuali retribuite non godute purché siano soddisfatte le seguenti condizioni e limiti: *i)* il divieto di monetizzare le ferie non godute non può riguardare le ferie maturate nell'anno di riferimento in cui si ha la cessazione del rapporto di lavoro; *ii)* il lavoratore deve aver avuto l'effettiva possibilità di fruire delle ferie annuali negli anni di riferimento precedenti e il datore di lavoro deve aver incoraggiato il lavoratore ad utilizzare concretamente le ferie annuali; *iii)* il datore di lavoro deve aver informato il lavoratore del fatto che le ferie annuali retribuite non godute non possono essere cumulate per essere sostituite da un'indennità finanziaria al momento della cessazione del rapporto di lavoro. Tali condizioni devono essere dimostrate dal datore di lavoro e su di lui che incombe l'onere della prova.

3. La Corte di giustizia ha stabilito che gli artt. 7 della direttiva 2003/88/CE e 31, par. 2, della Carta debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale come quella italiana.

Ricordando che il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite deve essere considerato “un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione europea”, al quale non si può derogare se non nei limiti esplicitamente indicati dalla direttiva 2003/88/CE, la Corte segue un ragionamento molto chiaro nelle sue linee interpretative (punto 25).

Il diritto fondamentale di cui all'art. 31, par. 2, CdFUE include il diritto a ottenere ferie retribuite nonché il diritto a un'indennità finanziaria per le ferie non godute al momento della cessazione del rapporto di lavoro. Pertanto, l'articolo 7, par. 1, della direttiva 2003/88/CE – che dispone che gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite – riflette e concretizza il diritto fondamentale a un periodo annuale di ferie retribuite sancito dall'art. 31, par. 2, CdFUE,

obbligando gli Stati ad astenersi dal subordinare a qualsivoglia condizione la costituzione stessa di tale diritto. Questo, in particolar modo, quando il rapporto di lavoro è cessato e, dunque, la fruizione effettiva delle ferie annuali retribuite cui il lavoratore ha diritto non è più possibile. Ed è proprio per evitare che, a causa di detta impossibilità, il lavoratore non riesca in alcun modo a beneficiare di tale diritto, neppure in forma pecuniaria, che l'art. 7, par. 2, della direttiva 2003/88/CE prevede che, in caso di fine del rapporto di lavoro, il lavoratore abbia diritto a un'indennità finanziaria per i giorni di ferie annuali non goduti.

Da ciò consegue, secondo la Corte, che il diritto conferito direttamente dalla direttiva non può dipendere da condizioni diverse da quelle esplicitamente previste e che un lavoratore che non sia stato in condizione di usufruire di tutte le ferie annuali retribuite prima della cessazione del suo rapporto di lavoro ha diritto a un'indennità finanziaria per ferie non godute. In tale contesto risulta irrilevante il motivo per il quale il rapporto di lavoro è cessato. In particolare, la circostanza che un lavoratore ponga fine, di sua iniziativa, al proprio rapporto di lavoro, come nel caso di specie, non ha nessuna incidenza sul suo diritto a percepire un'indennità finanziaria per le ferie annuali di cui non ha usufruito. In altri termini, il ragionamento della Corte potrebbe essere sintetizzato nei termini seguenti: ammettere che il diritto all'indennità finanziaria per le ferie non godute sia subordinato alla cessazione del rapporto di lavoro derivante dalla fine naturale del contratto di lavoro o da una decisione del datore di lavoro, e non anche da una scelta autonoma del lavoratore, significa introdurre una condizione ulteriore rispetto a quelle espressamente previste all'articolo 7, par. 2, della direttiva 2003/88/CE.

I giudici di Lussemburgo si concentrano, inoltre, sulle limitazioni che i singoli Stati membri possono prevedere al godimento effettivo del diritto in questione, applicando al caso di specie il test di proporzionalità previsto all'art. 52, par. 1, CdFUE in virtù del quale, come noto, le limitazioni ai diritti fondamentali devono: *i*) essere previste dalla legge, *ii*) rispettare il contenuto essenziale di tale diritto e, *iii*) nel rispetto del principio di proporzionalità, essere necessarie e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione (si v. 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).

In particolare, le ragioni che, secondo il legislatore nazionale e la Corte costituzionale, giustificano una limitazione alla monetizzazione delle ferie



non godute sono quelle di contenimento della spesa pubblica nonché di organizzazione del datore di lavoro pubblico. Sennonché la Corte di giustizia ricorda che il diritto dei lavoratori alle ferie annuali retribuite, ivi compresa la sua eventuale sostituzione con un'indennità finanziaria, “non può dipendere da considerazioni puramente economiche, quali il contenimento della spesa pubblica” (punto 45). Per contro, la Corte di giustizia constata che l'obiettivo connesso alle esigenze organizzative del datore di lavoro pubblico per la razionale programmazione del periodo di ferie risponde proprio alla finalità della direttiva, ovverosia consentire al lavoratore di riposarsi, incentivandolo, così, a fruire dei suoi giorni di ferie.

La Corte conclude, pertanto, che solo nel caso in cui il lavoratore si sia astenuto dal fruire dei suoi giorni di ferie deliberatamente, sebbene il datore di lavoro lo abbia invitato a farlo, informandolo del rischio di perdere tali giorni, il diritto dell'Unione non osta alla perdita di tale diritto. Qualora il datore di lavoro non sia in grado di dimostrare di aver esercitato tutta la diligenza necessaria affinché il lavoratore fosse effettivamente in condizione di fruire dei giorni di ferie annuali retribuite ai quali aveva diritto, si deve ritenere che l'estinzione del diritto a tali ferie e il correlato mancato versamento di un'indennità finanziaria per i giorni di ferie annuali non goduti costituiscano una violazione, rispettivamente, degli artt. 7, par. 1 e 2, della direttiva 2003/88 e 31, par. 2, CdFUE.

4. La pronuncia *BU c. Comune di Copertino* si inserisce coerentemente in un percorso giurisprudenziale teso a valorizzare il diritto alle ferie di cui all'art. 31, par. 2, CdFUE come architrave dei diritti sociali (A. BOGG, M. FORD, *Article 31*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, London, 2021). In particolare, nel 2018 la Corte con una serie di pronunce – *Kreuziger* (sentenza del 6 novembre 2018, causa C-619/16), *Bauer* (sentenza del 6 novembre 2018, causa C-596/16), *Max Planck* (sentenza del 6 novembre 2018, causa C-684/16) – ha affermato l'effetto diretto orizzontale dell'art. 7 della direttiva 2003/88/CE, oltre ad aver attribuito un ruolo di fondamentale importanza, ai fini interpretativi, all'art. 31, par. 2, della Carta (cfr. L. S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in *federalismi.it*, n. 10, 2019; nello stesso fascicolo si v. anche M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza “sulle ferie”* e F. FERRARO, *Nuovi e vecchi problemi in tema di efficacia diretta*

*orizzontale della Carta*), inaugurando, così, una ulteriore e nuova stagione giurisprudenziale atta a contribuire alla costruzione del pilastro europeo dei diritti sociali (sul tema dei diritti sociali in Europa, v. per tutti, S. GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2003; S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2004; G. DE BÚRCA, B. DE WITTE, L. OGERTSCHNIG, *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005).

Nelle pronunce citate la Corte ha affermato che l'art. 7 della direttiva osta a una serie di normative nazionali che implicano che, se il lavoratore non ha chiesto, prima della data di cessazione del rapporto di lavoro, di poter esercitare il proprio diritto alle ferie annuali retribuite, l'interessato perde automaticamente tanto, i giorni di ferie annuali retribuite, quanto, correlativamente, il proprio diritto a un'indennità finanziaria per le ferie annuali retribuite non godute (sentenza *Kreuziger*, cit., punto 56; sentenza *Max Planck*, cit., punto 61). Ne consegue che il giudice nazionale – qualora non sia possibile risolvere l'antinomia giuridica attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme – deve disapplicare tale normativa interna anche allorquando si sia in presenza di un rapporto tra privati. Vieppiù, il giudice nazionale dovrà assicurarsi che, ove detto datore di lavoro non sia in grado di dimostrare di aver esercitato tutta la diligenza necessaria affinché il lavoratore fosse effettivamente in condizione di fruire delle ferie annuali retribuite, il lavoratore non sia privato dei diritti discendenti dalla normativa europea (sentenza *Max Planck*, punto 81).

Le sentenze summenzionate, dunque, oltre a sostenere l'incompatibilità con il diritto dell'Unione di normative nazionali che subordinano il diritto all'indennità delle ferie non godute a condizioni non stabilite dal diritto dell'Unione, delineano anche – come ribadito anche in *BU c. Comune di Copertino* – un'inversione dell'onere della prova a carico del datore di lavoro che dovrà dimostrare di aver informato e messo il lavoratore nelle condizioni di godere delle ferie.

Questo trittico di pronunce, tra l'altro, non esaurisce l'opera dirompente e connotata da un'estrema attenzione per il diritto all'indennità per ferie non godute portata avanti dalla Corte di giustizia. Infatti, a questo quadro parziale occorre aggiungere una serie di sentenze recenti in cui i giudici di Lussemburgo hanno ulteriormente declinato e dato contenuto a siffatto diritto. Ci si riferisce ai casi *Hein* (sentenza del 13 dicembre 2018, nella causa C-385/17), *QH e CV* (sentenza del 25 giugno 2020, cause riunite C-762/18 e C-37/19), *WD* (sentenza del 25 novembre 2021, causa C-233/20), *LB c. TO*

(sentenza del 22 settembre 2022, causa C-120/21) e, infine, *XP e AR* (sentenza del 22 settembre 2022, cause riunite C-518/20 e C-727/20).

Nel caso *Hein*, la Corte è intervenuta sul *quantum* dell'indennità delle ferie non godute. Ritenendo che la retribuzione da percepire nel periodo di ferie debba essere equivalente a quella percepita durante i periodi di lavoro effettivo, i giudici di Lussemburgo hanno dichiarato l'incompatibilità con il diritto dell'Unione della normativa tedesca che riduceva l'indennità per ferie retribuite qualora il dipendente abbia trascorso periodi di disoccupazione parziale nel corso del periodo di riferimento.

La Corte si è occupata, inoltre, del diritto del lavoratore alle ferie annuali retribuite non godute per il periodo compreso tra il licenziamento e la sua reintegrazione nel posto di lavoro. Nella sentenza *QH e CV*, è stato stabilito che è incompatibile con il diritto europeo una giurisprudenza nazionale in forza della quale un lavoratore, per il periodo compreso tra la data del suo licenziamento illegittimo e la data della sua reintegrazione nel posto di lavoro, non aveva né il diritto a ferie annuali retribuite, né a un'indennità pecuniaria per le ferie non godute.

Nella sentenza *WD* – nota anche come “*job medium*” – la Corte si è pronunciata ancora una volta sulla compatibilità con l'art. 7, della direttiva 2003/88/CE e con l'art. 31, par. 2, CdFUE della normativa austriaca in virtù della quale l'indennità relativa alle ferie non godute per l'ultimo anno in corso non era dovuta se il lavoratore avesse posto fine anticipatamente al rapporto di lavoro senza giusta causa, statuendo – come nel caso *BU c. Comune di Copertino* e come aveva già fatto in sentenze precedenti (si v. sentenza del 20 luglio 2016, *Maschek*, causa C-341/15, punto 28) – che il motivo della cessazione del rapporto di lavoro non è rilevante ai fini del diritto all'indennità finanziaria.

Ancora, nel 2022, la Corte di giustizia ha emesso due pronunce nella quali ha stabilito che, se il datore di lavoro non ha messo il lavoratore nella condizione di esercitare il diritto alle ferie annuali retribuite, tale diritto non può estinguersi al termine di un periodo di riporto autorizzato né in un momento successivo, se il lavoratore risulta inabile al lavoro a causa di una malattia nel corso dell'anno di riferimento (sentenza *XP e AR*). Analogamente, il diritto non può cadere in prescrizione alla scadenza di un termine di tre anni che comincia a decorrere alla fine dell'anno in cui tale diritto è sorto (sentenza *LB c. TO*, cit.).

Il filone giurisprudenziale sinora analizzato ha il pregio di aver valutato la corretta implementazione della direttiva 2003/88/CE da parte degli ordinamenti nazionali, considerando insufficiente il fatto che il diritto

all'indennità per ferie non godute fosse astrattamente previsto e conferito ai lavoratori dalla normativa di recepimento degli Stati membri e imponendo che questo sia effettivo e non compresso da misure interne volte a perseguire esigenze diverse (V. SALESE, *Il ruolo dell'effettività nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritto alle ferie: l'emersione di nuovi obblighi (positivi?)*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE*, n. 2, Napoli, 2023). Ed è proprio alla stregua di questa logica che la Corte di giustizia nella sentenza *BU c. Comune di Copertino* ritiene il divieto italiano di monetizzare, in determinati casi, le ferie non godute non compatibile con il diritto europeo.

5. Occorre a questo punto affrontare il tema principale che questa sentenza pone: il “conflitto” sul tema del diritto alla monetizzazione delle ferie tra Corte di giustizia e Corte costituzionale (A. FENOGLIO, *Le ferie: il dialogo fra le Corti si fa intenso*, in *Labour & Law Issues*, n. 2, 2021).

Come lo stesso giudice remittente ha ricordato, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 95/2016, ha “salvato” dall'illegittimità la disposizione nazionale che vieta la monetizzazione delle ferie non godute in alcuni casi specifici. In dettaglio, il Tribunale ordinario di Roma decideva di sollevare una questione di legittimità costituzionale posto che aveva ravvisato nell'art. 5, comma 8, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 la lesione degli artt. 3, 36, primo e terzo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 della direttiva 2003/88/CE. Diversamente, la Consulta ha ritenuto la questione non fondata, argomentando che l'interpretazione letterale e teleologica della disposizione consente di addivenire ad una conclusione compatibile con le norme parametro utilizzate nella questione di legittimità. In particolare, il divieto di corrispondere trattamenti sostitutivi è relativo “a fattispecie in cui la cessazione del rapporto di lavoro è riconducibile a una scelta o a un comportamento del lavoratore (dimissioni, risoluzione) o ad eventi (mobilità, pensionamento, raggiungimento dei limiti di età), che comunque consentano di pianificare per tempo la fruizione delle ferie e di attuare il necessario contenimento delle scelte organizzative del datore di lavoro con le preferenze manifestate dal lavoratore in merito al periodo di godimento delle ferie” (punto 3.1. considerando in diritto). Questo schema risulta allora coerente con due obiettivi: la preminenza del godimento effettivo delle ferie e il contenimento al ricorso incontrollato alla “monetizzazione” delle ferie non godute. Il divieto di monetizzare le ferie in specifiche situazioni funge, dunque, sia da incentivo per una razionale programmazione del periodo feriale e per lo sviluppo di comportamenti virtuosi delle parti nel rapporto di lavoro, che da deterrente per la messa in atto di abusi che arrecano pregiudizi a lavoratori incolpevoli.

Tuttavia, siffatta interpretazione della Corte costituzionale si allontana da quella fornita della Corte di giustizia per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché i giudici di Lussemburgo affermano che la circostanza che sia stato il lavoratore a porre fine al rapporto non può essere una ulteriore condizione a cui il diritto all'indennità delle ferie non godute è sottoposto e, in secondo luogo, perché stabilisce che le ragioni economiche di riduzione della spesa non possono giustificare la scelta legislativa italiana che, di fatto, comprime un diritto sociale fondamentale.

Ne consegue che l'interprete del diritto è posto davanti ad un conflitto tra interpretazioni o, meglio, un conflitto tra Corti: Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana (S. BARBIERI, *Il rinvio pregiudiziale tra giudici ordinari e Corte costituzionale. La ragione del conflitto*, Napoli, 2023). Ci si trova davanti ad una tensione viva: da un lato, la Corte di giustizia che conferma l'importanza dei diritti sociali e l'obbligo per gli Stati membri di tutelarli in maniera adeguata senza porre dei limiti che facciano venire meno il nocciolo duro del diritto garantito; dall'altro lato, la Corte costituzionale che, tende a contemperare e bilanciare i diritti sociali con l'esigenza, che tra l'altro è imposta anche dal diritto dell'Unione europea, di contenere la spesa pubblica (*La legge dei numeri governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, (a cura) di C. BERGONZINI, S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, Napoli, 2016). Invero, si tratta di una tensione da sempre esistente (G. TESAURO, *Governance economica e giudice dell'Unione*, in *La legge dei numeri*, cit.) e, se vogliamo, senza fare previsioni catastrofiche, in crescita nella misura in cui l'Unione europea, sempre di più, si fa promotrice e garante di diritti sociali, che, però, sarà banale ricordarlo, costano!

A tale fine, giova rammentare – anche se il tema è amplissimo e meriterebbe ben altro spazio – che tanto la normativa europea, quanto, di conseguenza, quella costituzionale in materia di equilibrio di bilancio e contenimento e sostenibilità del debito pubblico costituiscono la cornice nella quale si collocano gli interventi legislativi e anche giurisprudenziali nazionali volti alla riduzione della spesa pubblica (come, d'altronde quello di cui si discute nel caso di specie). Infatti, non è un caso che la disposizione nazionale (l'art. 5, comma 8) che la Corte di giustizia considera incompatibile nel caso che qui si commenta sia una misura prevista dal d.lgs. n. 95 del 2012 rubricato "*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*". Si tratta di una delle misure che il governo italiano ha varato a seguito della crisi finanziaria, economica e di bilancio iniziata nel 2008. In quegli anni, come noto, l'Unione europea si è dotata di un nuovo modello di *governance* economica che, sebbene avesse il pregio di sviluppare un più

efficace coordinamento economico e di bilancio, è ricordato soprattutto per aver posto in essere misure di *austerità* (si v. F. CASOLARI, *C'è un giudice a Lussemburgo? Sui limiti strutturali e sostanziali alla tutela giurisdizionale dei singoli rispetto alle politiche di austerità dell'Unione europea*, in C. CARUSO, M. MORVILLO (a cura di), *Il governo dei numeri: indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale*, Bologna, 2020). Si trattava di un sistema complesso di misure (quali il semestre europeo, il Patto euro plus, il *Fiscal Compact*, le modifiche al Patto di stabilità – c.d. *Six Pack* e *Two Pack*; i meccanismi di stabilizzazione dell'eurozona; il Patto per la crescita – si v. per tutti, R. CISOTTA, *What Role for the European Commission in the New Governance of the Economic and Monetary Union?*, in *IAI Working Papers*, July 2013) i cui gli obiettivi principali erano quelli del ripristino di una finanza sostenibile e del contenimento del debito pubblico nazionale (si v. M. DRAGHI, *Discorso alla Global Investment Conference*, Londra, 26 luglio 2012). È proprio a tale proposito la strategia messa in campo a livello italiano – come anche quella da altri Stati membri – è stata quella dell'azione di revisione e riduzione della spesa pubblica (c.d. *spending review*), che rimane centrale ancora oggi. Si pensi che, sebbene per rispondere alla crisi sanitaria l'Unione abbia attivato la clausola di salvaguardia generale del Patto di stabilità – tra l'altro in questo momento soggetto ad una revisione – e abbia adottato, a differenza della crisi dell'euro, il paradigma della cooperazione tra UE e Stati membri (piuttosto che quello dell'austerità), l'equilibrio di bilancio e la necessità di mantenere ad un livello accettabile il debito pubblico restano obiettivi prioritari da perseguire (F. FABBRINI, *Next Generation Eu: Legal Structure and Constitutional Consequences*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, n. 24, 2022). Tanto è vero che proprio l'ultima legge di bilancio italiana ha disposto un ulteriore taglio delle spese per le amministrazioni centrali, ai fini del loro concorso agli obiettivi programmatici di finanza pubblica indicati dalla nota di aggiornamento del documento di economia e finanza 2023 (NADEF).

Il quadro tracciato, seppure nelle sue linee essenziali e sintetiche intende evidenziare come la questione sottoposta nel caso *BU c. Comune di Copertino* nasconde – ma forse neanche troppo – il tema centrale del legame tra la garanzia dei diritti sociali da parte dello Stato e la disponibilità di risorse finanziarie in grado di coprire le spese necessarie.

Ancorché degno di nota sia il riconoscimento dei diritti sociali, l'affermazione della Corte di giustizia in virtù della quale il diritto all'indennità delle ferie annuali non godute non può dipendere da considerazioni puramente economiche, rischia di non tenere in conto le legittime valutazioni che,



sul piano nazionale, emergono rispetto all'esigenza di contenere la spesa pubblica. Infatti, l'esercizio che, dai tempi di crisi, la Corte costituzionale si è ritrovata a svolgere è proprio quello di bilanciare la protezione dei diritti sociali con il rispetto dell'art. 81 Cost. – introdotto con la riforma costituzionale del 2012 proprio in ragione delle regole stringenti ma necessarie di matrice europea – che assicura l'equilibrio (tra le entrate e le spese) del proprio bilancio e rende eccezionale e limitato il ricorso all'indebitamento (F. MEDICO, *Il doppio custode. Un modello, per la giustizia costituzionale europea*, Bologna, 2023).

Si badi, l'argomento che qui si intende portare all'attenzione del lettore non è quello spesso evocato dalla dottrina nazionale in virtù del quale la Corte di giustizia con riferimento a questioni connesse alla crisi economica rinuncia a misurarsi con il tema dei diritti sociali (F. SAITTO, *La 'solitudine' delle Corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2016); e, inoltre, non si vuole nemmeno suggerire alla Corte di giustizia un ritorno all'approccio restrittivo usato nel caso *Dano* (sentenza dell'11 novembre 2014, causa C-333/13), in cui il requisito delle "risorse sufficienti" è stato posto come limite al riconoscimento di diritti sociali.

Al contrario, la lettura che si vuole offrire della giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo è indiscutibilmente positiva in quanto volta a rafforzare la protezione dei diritti sociali. Ciononostante, si ritiene opportuno che la medesima Corte, nel momento in cui decide questioni pregiudiziali che hanno ad oggetto i diritti sociali debba – magari giungendo comunque alla medesima conclusione a cui è giunta nel caso di specie – valorizzare anche la *ratio* del contenimento della spesa pubblica sottesa alle leggi nazionali perché rispondente anch'essa ad un obbligo derivante dall'apparenza di uno Stato all'Unione (si v. in relazione alle esigenze finanziarie e sistemi sanitari, G. DI FEDERICO, S. NEGRI, *Unione europea e salute. Principi, azioni, diritti e sicurezza*, Milano, 2019). L'equilibrio di bilancio deve necessariamente iniziare ad acquisire un peso specifico nei giudizi davanti alla Corte di giustizia – almeno quando le normative nazionali interessate dal rinvio si fondano sull'esigenza di contenere la spesa – non solo e non tanto perché rappresenta un interesse dello Stato che si potrebbe contrapporre alla protezione effettiva di un diritto fondamentale, ma anche perché costituisce un obbligo che il diritto dell'Unione impone allo Stato. Ciò significa, applicando al caso di specie il ragionamento svolto sinora, che la Corte sarebbe potuta giungere alla stessa conclusione – ovvero sia l'incompatibilità della normativa italiana con il diritto europeo – argomentando che l'esigenza del contenimento della spesa – che pure rileva posto che l'effettiva protezione



dei diritti sociali necessita di risorse pubbliche – è presa in debita considerazione nell’operazione di bilanciamento nella misura in cui la stessa Corte ha statuito che se il lavoratore, deliberatamente e con piena cognizione delle conseguenze, si è astenuto dal fruire delle ferie annuali dopo essere stato posto in condizione di esercitare in modo effettivo il suo diritto alle stesse, può perdere il diritto alle ferie e la correlata indennità finanziaria (punto 48). Se si analizza questa precisazione – non nuova – fatta dalla Corte di giustizia ci si rende immediatamente conto che essa può considerarsi una soluzione “equilibrata” tra il divieto di monetizzare le ferie qualora sia stato il lavoratore a porre fine al rapporto di lavoro – che rimane incompatibile rispetto al diritto dell’Unione – e la possibilità di aprire, senza limite, alla richiesta di monetizzare le ferie non godute, che esporrebbe necessariamente lo Stato a costi eccessivi.

Dunque, il problema che qui si vuole sottolineare è correlato evidentemente all’argomentazione della sentenza piuttosto che alla soluzione prospettata. In altri termini, sembra maturo il tempo per richiedere alla Corte di giustizia di tenere conto, nello svolgimento del test di proporzionalità ai sensi dell’art. 52, par.1, CdFUE, anche del fatto che i vincoli di bilancio imposti ai singoli Stati sovente (hanno richiesto e) richiedono interventi nazionali di riduzione della spesa pubblica, che, a loro volta, (hanno inciso e) incidono necessariamente sulla possibilità di garantire in maniera effettiva i diritti sociali. Questo non vuol dire né snaturare – semmai innovare – il compito di interprete del diritto dell’Unione della Corte di giustizia, né pretendere che quest’ultima si sostituisca alle Corti costituzionali nazionali, ma significa richiedere che i giudici di Lussemburgo, anche nell’ottica di costruire un vero sistema costituzionale europeo, mostrino una maggiore comprensione dei contesti nazionali, il che necessita di una più attenta, approfondita e convincente analisi giuridica.

In conclusione, al fine di offrire una soluzione che componga il conflitto generatosi tra Corti, si ritiene che questo possa essere risolto, come attenta dottrina ha prospettato, attraverso il dialogo (N. LAZZERINI, cit.) secondo il modello “269 temperato” (così definito da C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2019, p. 1). In particolare, sarebbe auspicabile che l’art. 5, comma 6 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 fosse oggetto di una nuova questione di legittimità costituzionale in relazione all’art. 36 Cost, e all’art. 31, par. 2, CdFUE, oltre che in relazione all’art. 7 della direttiva 2003/88/CE e alla giurisprudenza della Corte di giustizia (v., *ex multis*, sulla doppia pregiudiziale, 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; F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi*

*per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2019; 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. DE PASQUALE, *La doppia pregiudizialità*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il Rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, n. 1, 2020.; S. BARBIERI, *Quel che rimane della sentenza 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di riaccentramento*, in *Eurojus*, n. 2, 2021; C. AMALFITANO, L. CECCHETTI, *Sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: l'approccio della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Eurojus*, n. 2, 2022). La Corte costituzionale, questa volta, potrebbe o dichiarare incostituzionale la disposizione; oppure, attraverso una sentenza interpretativa di rigetto, dichiarare la non fondatezza della questione deducendo, però, un'interpretazione normativa in virtù della quale il divieto di monetizzazione delle ferie non godute può sussistere solo qualora il lavoratore, posto nelle condizioni di godere del suo diritto e consapevole delle conseguenze del mancato godimento, si è rifiutato di fruire delle ferie a lui spettanti.

### **Abstract (ita)**

L'obiettivo del contributo è duplice: in primo luogo, presentare le conclusioni dell'AG e il ragionamento giuridico alla base della sentenza *BU c. Comune di Copertino*; in secondo luogo, offrire alcune riflessioni sul contesto giuridico in cui si inserisce la sentenza e sul "conflitto" tra la Corte di giustizia e la Corte costituzionale che essa ha generato. Si ritiene che la divergenza degli orientamenti delle Corti sia alla base di una questione più ampia che deve essere riesaminata e che la Corte di giustizia dovrebbe tenere in debito conto: il bilanciamento tra l'effettivo riconoscimento dei diritti sociali e il rispetto dei vincoli di bilancio.

### **Abstract (eng)**

The aim of this article is twofold: first, to present the conclusions of the AG and the legal reasoning underlying the judgment *BU v Comune di Copertino*. The second aim is to offer some reflections on the context of the judgment and the 'conflict' between the Court of Justice and the Constitutional Court that it has generated. It is suggested that the divergence of the Courts' orientations is at the root of a broader issue that needs to be re-examined and that the Court of Justice should take due account of the balance between the effective recognition of social rights and respect for budgetary constraints.

## IL RUOLO (DEBORDANTE) DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA NEL RAPPORTO TRA REGOLAMENTO UE 650/2012 E CONVENZIONI BILATERALI IN MATERIA DI SUCCESSIONE

Irene Marchioro (Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea presso  
l'Università di Padova) – 16 gennaio 2024

SOMMARIO: 1. Il caso *OP*, causa C-21/22. – 2. L'ambito di applicazione soggettivo del potere di scelta della legge applicabile alla successione. – 3. La prevalenza dei principi sottesi all'atto dell'Unione nel rapporto tra il regolamento successioni e accordi bilaterali in materia di successione. – 4. Il depotenziamento della norma positiva in favore di un principio casistico.

1. Nel mese di ottobre 2023 si è decisa la causa *OP* (sentenza della Corte di giustizia del 12 ottobre 2023, causa C-21/22, *OP c. Notariusz Justyna Gawlica*), relativa, per un verso, all'ambito di applicazione soggettivo del potere di scelta della legge applicabile alla successione in base al regolamento (UE) n. 650/2012 e, per un altro verso, al rapporto tra il regolamento stesso e le convenzioni bilaterali in materia di successioni.

Nello specifico, il caso concerneva una cittadina ucraina, residente in Polonia, la quale desiderava stabilire per testamento che la propria intera successione venisse regolata dalla legge di cittadinanza, ossia dalla legge ucraina. Tale scelta avrebbe interessato, tra l'altro, la successione relativa a un bene immobile, di cui la signora vantava la proprietà, sito in territorio polacco. Il notaio polacco incaricato di redigere il testamento, tuttavia, si opponeva alla richiesta, sulla base di due diverse considerazioni. Opinava, in primo luogo, che la facoltà di scelta di legge sancita all'art. 22 del regolamento successioni fosse prevista a solo beneficio dei cittadini europei, cosicché *OP*, cittadina di uno Stato terzo, non avrebbe potuto usufruirne. In secondo luogo, riteneva che al testamento della richiedente fosse applicabile, con prevalenza sul regolamento successioni, la convenzione bilaterale sull'assistenza legale e le relazioni giuridiche in materia civile e penale conclusa tra Polonia e Ucraina il 24 maggio 1993, la quale non prevede la facoltà di scelta di legge e applica in ogni caso alla successione dei beni immobili la *lex rei sitae* (mentre la legge di cittadinanza è chiamata a regolare la successione dei beni mobili). *OP* impugnava il rigetto del notaio davanti al Tribunale regionale di Opole, in Polonia, il quale sospendeva il procedimento per sottoporre le due questioni pregiudiziali davanti alla Corte di giustizia.

La questione relativa alla gerarchia tra il regolamento successioni e con-

venzioni bilaterali concluse nella stessa materia appare, secondo il giudice del rinvio polacco, di particolare rilevanza. Diversi Stati membri, infatti, sono vincolati da convenzioni di questo tipo con Stati terzi (cfr. Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, par. 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia, causa C-21/22, pubblicata sulla banca dati "infoCuria" della Corte di giustizia ed ivi reperibile tra i documenti di causa, in particolare par. 19), cosicché una soluzione unitaria del problema sarebbe essenziale per garantire l'uniformità del sistema comune di diritto internazionale privato dell'Unione europea, oltre che l'omogeneità di interpretazione del regolamento successioni.

2. Con la prima questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede se il diritto di scelta di legge previsto all'art. 22 del regolamento successioni possa essere invocato da un soggetto avente la cittadinanza di uno Stato terzo, residente nel territorio dell'Unione.

La Corte, nel rispondere affermativamente, valorizza tre argomenti letterali, di cui, tuttavia, il primo appare assorbente e idoneo, da solo, a dirimere la questione. Va ricordato, infatti, che il regolamento successioni ammette – in deroga al criterio generale costituito dalla residenza abituale – una scelta di legge molto limitata, riferita unicamente alla legge di cittadinanza del testatore al momento della scelta ovvero della morte. Ora, l'interpretazione restrittiva del termine "persona", contenuto all'art. 22, come riferito ai soli cittadini di uno Stato membro si potrebbe giustificare dal punto di vista sistematico nella sola ipotesi in cui il regolamento non ammettesse l'applicazione della legge di uno Stato terzo, ipotesi espressamente contraddetta dall'applicazione universale prevista all'art. 20 del regolamento, in forza del quale "la legge designata dal presente regolamento si applica anche ove non sia quella di uno Stato membro". Per completezza, la Corte ricorda che talune disposizioni del regolamento (in particolare l'art. 5 sugli accordi di scelta del foro e l'art. 6 sulla dichiarazione di incompetenza in caso di scelta di legge) hanno senso solo se esiste la possibilità di scegliere la legge di uno Stato terzo, e che dove il regolamento usa il termine "cittadini" (v. considerando n. 38) lo fa in modo generico, senza intendere riferirsi ai "cittadini dell'Unione".

D'altronde, l'eventuale indicazione del legislatore europeo nel senso di escludere la facoltà di scelta di legge in assenza della cittadinanza europea in capo al testatore apparirebbe, oltre che arbitraria, anche in controtendenza rispetto all'idea sempre più condivisa che vi sia un legame necessario tra le norme di diritto internazionale privato e i diritti dell'uomo, tra cui spicca in

primo piano il principio di non discriminazione (si vedano P. PIRRONE, *La risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: considerazioni generali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 243 ss.; S. MARINO, *Brevi considerazioni sulle interazioni fra diritto internazionale privato e diritti umani*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, p. 112 ss.; P. KINSCH, *Sur la question de la discrimination inhérente aux règles de conflit de lois. Développements récents et interrogations permanentes*, in B. CORTESE (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, p. 195 ss.; S. TONOLO, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni*, Milano, 2011; L. PICCHIO FORLATI, *Critères de rattachement et règles d'applicabilité, à l'heure de la protection des droits de l'homme en Europe*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 907 ss.).

3. Come accennato, la seconda – e più rilevante – questione pregiudiziale concerne il rapporto tra il regolamento successioni e convenzioni internazionali già in vigore in uno Stato membro prima dell'adozione del regolamento. Il tema è espressamente disciplinato all'art. 75 del regolamento, il quale prevede, al par. 1, che esso non pregiudica l'applicazione delle convenzioni internazionali di cui uno o più Stati membri erano parte al momento della sua adozione e che riguardano materie disciplinate dal regolamento stesso. Il par. 2 specifica, tuttavia, che, in deroga al par. 1, il regolamento prevale, tra Stati membri, sulle convenzioni concluse esclusivamente tra due o più di essi (sull'art. 75 si rinvia a A. ZANOBETTI, *Relationship with Existing International Conventions*, in A. C. CARAVACA, A. DAVI, H. – P. MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, 2016, p. 831 ss.; A. BONOMI, M. SALVADORI, *Relazioni con le convenzioni internazionali in vigore*, in A. BONOMI, P. WAUTELET (a cura di), *Il Regolamento Europeo sulle Successioni*, Milano, 2015, p. 755 ss.).

Il fulcro della domanda rivolta alla Corte sembra emergere principalmente dalle diverse argomentazioni poste dal giudice polacco ai punti 14 e 15 del documento di sintesi della domanda pregiudiziale. Egli chiede, in sostanza, se il fatto che la convenzione polacco-ucraina nulla dica in merito alla scelta della legge applicabile esprima una volontà del legislatore nel senso di escludere tale possibilità, ovvero se tale ipotesi semplicemente non sia disciplinata – nel qual caso, non essendovi una diversa regolamentazione della stessa materia, potrebbe darsi applicazione alla scelta di legge prevista dal regolamento europeo.

Tuttavia, il giudice del rinvio chiede altresì se, alla luce della giurispru-

denza della Corte, la libertà di scelta della legge applicabile non si debba considerare un pilastro necessario della cooperazione giudiziaria in materia civile, in quanto tale non derogabile. Ed è proprio (e solo) su questo secondo aspetto che si sono concentrati sia l'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle sue conclusioni, sia la Corte nella sua decisione. La Corte, in particolare, richiama la propria giurisprudenza secondo la quale l'art. 71 del regolamento Bruxelles I, che disciplina i rapporti tra l'atto di diritto dell'Unione e le convenzioni internazionali, "non può avere una portata in conflitto con i principi sottesi al contesto normativo cui pertiene" (cit., punto 29 della decisione). Partendo da questo assunto, il ragionamento della Corte prosegue indagando se la mancata facoltà di scegliere la legge applicabile e la scissione della successione che viene determinata dall'applicazione della convenzione bilaterale si possano ritenere in contrasto con uno o più principi sottesi al regolamento successioni e conclude infine in senso negativo. Stabilisce infatti, da un lato, che la facoltà di scelta della legge applicabile non assurge allo *status* di principio sotteso al contesto normativo rilevante, cioè il regolamento successioni; dall'altro, che neppure l'unità della successione si può considerare un principio assoluto del regolamento, in quanto è derogata espressamente nell'ipotesi dell'art. 12. Cosicché la Corte, pur affermando in linea di principio che la clausola di compatibilità del regolamento con le convenzioni internazionali in vigore, contenuta all'art. 75, par. 1, è essa stessa subordinata al rispetto, da parte di quelle convenzioni, dei principi fondanti dell'atto dell'Unione, conclude per la non contrarietà ai principi del regolamento successioni della soluzione fatta propria dalla convenzione polacco-ucraina, che non prevede la scelta della legge applicabile.

Ora, a prescindere dallo specifico risultato cui perviene la Corte, appare criticabile il ragionamento da essa seguito.

Nell'affermare la preminenza dei principi fondanti dell'atto dell'Unione su previsioni con essi eventualmente contrastanti, contenute in convenzioni internazionali previgenti, la Corte richiama la decisione *TNT* (sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 2010, causa C-533/08, *TNT Express Nederland*), pronunciata con riferimento al contrasto tra una convenzione in materia di trasporto di merci su strada e il regolamento Bruxelles I. A quella decisione aveva fatto riferimento per primo l'Avvocato generale, ma per arrivare a concludere, contrariamente a quanto fatto poi dalla Corte, che egli *dubitava* di poterne estendere l'applicazione al caso di specie (v. conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona del 23 marzo 2023, causa C-21/22, *OP c. Notariusz Justyna Gawlica*, punto 34).

L'estensione della giurisprudenza *TNT* al rapporto tra il regolamento



successioni e accordi bilaterali nella stessa materia non convince per una molteplicità di motivi. Innanzitutto, nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nei successivi regolamenti Bruxelles I e I *bis* la clausola di compatibilità contenuta nel regolamento fa sì che le norme della convenzione internazionale prevalgono espressamente sulla disciplina di diritto dell'Unione anche nei rapporti tra soli Stati membri. Da ciò discende, come ha precisato la Corte di giustizia, che “dal combinato disposto degli articoli 69 e 71 del regolamento n. 44/2001 risulta che quest'ultimo articolo [...] non deve essere interpretato nel senso che esso si applica in relazione a convenzioni che vincolano più Stati membri solo a condizione che uno o più paesi terzi siano parti di siffatte convenzioni” (sentenza del 14 luglio 2016, causa C-230/15, *Brite Strike Technologies Inc. c. Brite Strike Technologies SA*, punto 50). Viceversa, il regolamento successioni esclude esplicitamente la prevalenza delle convenzioni concluse tra soli Stati membri sul regolamento. Nei due strumenti, quindi, già il dato normativo di partenza è differente.

Ciò premesso, è nel contesto specifico del regolamento Bruxelles I che la Corte ha sancito che, in caso di concorso tra norme convenzionali e norme europee, le prime prevalgono a condizione che siano rispettati i principi sottesi alla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale all'interno dell'Unione. E proprio questo contesto specifico rende non chiara la portata della decisione *TNT* e delle successive decisioni *Nipponka* (sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2013, causa C-452/12, *Nipponka*) e *Nickel & Goeldner Spedition* (sentenza della Corte di giustizia del 4 settembre 2014, causa C-157/13, *Nickel & Goeldner Spedition*), che ne riprendono il contenuto. In *TNT*, infatti, la Corte si interroga sulla possibile prevalenza sul regolamento Bruxelles I di un accordo internazionale concluso tra Stati membri e Stati terzi nella sua applicazione tra Stati membri (i Paesi Bassi e la Germania), e conclude che tale accordo non può, *nelle relazioni tra gli Stati membri*, pregiudicare gli obiettivi del diritto dell'Unione (punto 52). Similmente, in *Nipponka* e in *Nickel & Goeldner Spedition* si trattava di fattispecie intraeuropee, rispetto alle quali la Corte ha stabilito che la prevalenza delle convenzioni internazionali non può pregiudicare i principi sottesi alla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale *all'interno dell'Unione europea*. Da ciò si ricava, come evidenziato anche dall'Avvocato generale, che, con quelle sentenze, la Corte non si era ancora pronunciata sulla possibile prevalenza dello strumento europeo sull'accordo internazionale, nel settore della cooperazione in materia civile e commerciale, anche nei confronti di *Stati terzi* (punto 43 delle conclusioni).

Ciò è viepiù manifesto se si considera che in *TNT* (e nelle altre sen-

tenze menzionate) la recessione dell'accordo internazionale è funzionale, in particolare, alla buona riuscita del principio di libera circolazione delle decisioni, su cui il regolamento Bruxelles I si fonda (v. C. TUO, L. CARPANETO, *Connections and Disconnections between Brussels Ia Regulation and International Conventions on Transport Matters*, in *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2016, p. 151); principio che, ad ogni evidenza, vige proprio e solo nei rapporti tra Stati membri.

Oltre che essere dubbia, la possibilità di estendere la giurisprudenza TNT al caso qui in esame è anche probabilmente inopportuna. Infatti, aderendo ad alcune critiche formulate in dottrina, si può dire che quella sentenza fornisce un'interpretazione delle norme esaminate ai limiti del *contra legem* (cfr. M. CREMONA, *The Internal Market and Private International Law Regimes: a comment on Case C-533/08 TNT Express Nederland BV v AXA Versicherung AG, judgment of the Court (Grand Chamber) of 4 May 2010*, in *EUI Working Paper*, luglio 2014, p. 5), e addirittura che l'interpretazione teleologica in essa utilizzata fa violenza alla formulazione letterale dell'art. 71 del regolamento Bruxelles I (cfr. P.J. KUIJPER, *The Changing Status of Private International Law Treaties of the Member States in Relation to Regulation 44/2001: case C-533/08 TNT Express Nederland BV v AXA Versicherung AG*, in *Legal Issues of European Integration*, 2011, p. 99). Si è altresì notato che la Corte, nel dare rilievo preminente a taluni principi del regolamento, ne ha volutamente trascurati degli altri, come quello di preservare le convenzioni internazionali preesistenti; con la conseguenza, peraltro, di minare quella stessa certezza del diritto che la Corte, nella sua decisione, sostiene di voler preservare (v. C. TUO, L. CARPANETO, *op. cit.*, pp. 154 e 156).

Esiste anche una diversa giurisprudenza che, in linea teorica, si sarebbe potuta applicare al caso OP, e che viene richiamata dall'Avvocato generale come il corretto parametro di riferimento (benché la Corte, invece, la lasci completamente nella propria decisione, pur rievocando, con una certa incongruenza, il principio sancito all'art. 351 TFUE). Si tratta, in particolare, delle sentenze adottate nelle cause C-546/07, *Commissione europea c. Polonia* (21 gennaio 2010, causa C-546/07, commentata, tra gli altri, da P. MATTERA, *L'Allemagne a enfreint le droit communautaire en limitant, à ses seules entreprises, la possibilité de conclure avec des entreprises polonaises des contrats portant sur des travaux à effectuer sur son territoire*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2010, p. 126 ss.) e C-55/00, *Gottardo* (15 gennaio 2002, causa C-55/00, con nota di D. MARTIN, *Comments on Gottardo (Case C-55/00 of 15 January 2002)*, *Finalarte (Case C-49/98 of 25 October 2001) and Portugaia Construções (Case C-164/99 of 24 January 2002)*, in *European*

*Journal of Migration and Law*, 2002, p. 369 ss.). In quelle decisioni la Corte ha stabilito che, nell'applicazione di una convenzione internazionale conclusa tra soli Stati membri ovvero tra Stati membri e Stati terzi, gli Stati membri devono comunque rispettare gli obblighi su di loro incombenti in base al diritto dell'Unione, salvo che questo, in caso di una convenzione conclusa tra uno Stato membro e uno Stato terzo, non comprometta l'equilibrio e la reciprocità sottostante all'accordo.

A ben vedere, tuttavia, anche questo secondo filone giurisprudenziale non sembra attagliarsi perfettamente al caso di specie. In entrambe le decisioni, infatti, l'accordo internazionale sottoposto al vaglio della Corte era potenzialmente idoneo a violare specifiche regole di diritto primario dell'Unione (l'art. 49 TCE in materia di libera prestazione di servizi, nel ricorso di infrazione contro la Polonia, e l'art. 39 TCE in materia di circolazione dei lavoratori, nel caso *Gottardo*), ed è con riferimento a questo, quindi – e non a qualsiasi norma europea, ovvero a *principi* sottesi ad un atto di diritto derivato –, che i giudici sanciscono l'obbligo, in ogni caso, di rispettare il diritto dell'Unione europea. In secondo luogo, il risultato pratico di entrambe le decisioni è quello di estendere l'ambito soggettivo di applicazione delle convenzioni in esame anche al di là della loro portata originaria, e non, invece, di derogare al loro contenuto nei rapporti tra gli Stati contraenti.

4. Si è cercato, con le argomentazioni che precedono, di illustrare i motivi per cui il ragionamento della Corte nella sentenza *OP* non pare convincente. Adottando una soluzione più lineare e aderente al dettato normativo, la Corte avrebbe potuto limitarsi a ribadire la prevalenza dell'accordo bilaterale, laddove regolati fattispecie disciplinate anche dal regolamento. Avrebbe quindi potuto rimettere al giudice del rinvio la questione circa la corretta interpretazione – anche alla luce degli artt. 31 ss. della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati – del silenzio dell'accordo rispetto alla facoltà di scegliere la legge applicabile, valutando se tale facoltà sia stata intenzionalmente esclusa dagli Stati contraenti, ovvero semplicemente non disciplinata.

Con questa decisione, invece, la Corte ha aperto la strada all'idea che (anche) un accordo concluso tra uno Stato membro e uno Stato terzo nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile sia subordinato al rispetto dei principi sottesi all'atto dell'Unione, richiamando una giurisprudenza che, in realtà, aveva una portata più limitata, in quanto riferita a situazioni puramente intraeuropee. Quest'estensione surrettizia della giurisprudenza *TNT* ha l'inevitabile effetto di depotenziare l'art. 75, par. 1, del regolamento successioni, il quale detta una regola di prevalenza chiara e specificamente

riferita a convenzioni concluse tra uno o più Stati membri con uno o più Stati terzi (le convenzioni concluse tra soli Stati membri, infatti, sono disciplinate in modo differente al par. 2 dello stesso articolo). In sostanza la Corte, con questa decisione, introduce in via giurisprudenziale una deroga all'art. 75, par. 1, la cui applicazione andrà di volta in volta vagliata al fine di valutare se l'accordo internazionale considerato sia conforme a uno o più principi sottesi al regolamento.

Si aggiunga che, mentre la soluzione lineare qui proposta avrebbe portato ad un risultato realmente conforme alla regola sancita dall'art. 351, par. 1, TFUE, relativo agli accordi internazionali conclusi dagli Stati membri prima della loro adesione all'Unione europea, lo stesso non si può dire con riferimento alla soluzione articolata dalla Corte. Questa, infatti, conduce al rispetto dell'art. 351 TFUE in modo solo *accidentale*, nella misura in cui, nel caso specifico sottoposto all'attenzione dei giudici, la mancata possibilità di scegliere la legge applicabile non determina la violazione di un principio sotteso al regolamento.

In conclusione, la Corte di giustizia, come già accaduto in *TNT*, rimpiazza una regola chiara con una regola condizionata e meramente ipotetica (cfr. ancora M. CREMONA, *op. cit.*, p. 6), con l'aggravante che il diritto dell'Unione la cui applicazione si vuole salvaguardare non è rappresentato da norme del Trattato, quindi di rango primario (come era avvenuto in *Gotardo* e nella giurisprudenza che ne ha ripreso il contenuto), bensì da asseriti "principi" sottesi all'atto dell'Unione, i quali devono di volta in volta venire identificati, per poterne poi valutare l'eventuale violazione. A ciò si aggiunge l'ulteriore aggravante che questa regola, ora non più pronunciata con riferimento a quanto accade nei soli rapporti tra Stati membri, andrà ad influenzare il rapporto con Stati terzi non soltanto rispetto all'applicazione del regolamento successioni, ma anche – lo si può facilmente immaginare – ad ogni altro atto emanato nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale.

In questo scenario, a venire pregiudicata è la certezza del diritto, nelle sue due espressioni della prevedibilità e dell'uniformità internazionale delle soluzioni (cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Volume I*, Milano, 2017, p. 178). Per un verso, infatti, la stessa convenzione internazionale conclusa tra più Stati terzi e uno o più Stati membri verrà diversamente applicata a seconda che si dia una fattispecie che coinvolge i soli Stati terzi ovvero anche uno Stato membro, dovendosi, in questa seconda ipotesi, subordinare l'operatività dell'accordo al rispetto dei principi sottesi ad un eventuale atto di diritto derivato dell'Unione che

regoli la stessa materia. Per un altro verso, il vaglio del rispetto dei principi sarà rimesso, in prima battuta, all'interprete nazionale, cosicché anche in fattispecie tra loro analoghe che coinvolgono Stati membri verranno, con ogni probabilità, adottate soluzioni tra loro differenti, a seconda della sensibilità di chi è di volta in volta chiamato a dare applicazione all'accordo internazionale.

**Abstract (ita)**

Nella sentenza *OP*, causa C-21/22, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha emanato la sua più recente decisione sul regolamento successioni. La Corte si è pronunciata sull'ambito soggettivo di applicazione della scelta di legge del testatore ai sensi dell'art. 22 del regolamento, nonché sul rapporto tra il regolamento stesso e accordi bilaterali preesistenti in materia di successione. A questo secondo proposito, le conclusioni della Corte non sono del tutto condivisibili, nella misura in cui essa afferma che degli indefiniti "principi" posti alla base dell'atto europeo prevalgono sulla convenzione internazionale. In questo modo, la Corte ha sostituito la regola chiara stabilita dall'art. 75 del regolamento con una regola casistica, con il risultato di mettere a rischio le esigenze di certezza del diritto.

**Abstract (eng)**

In judgement *OP*, case C-21/22, the Court of Justice of the European Union has delivered its latest decision on the Succession Regulation. The Court has ruled on the subjective scope of application of the testator's choice of law according to Art. 22 of the Regulation, as well as on the relationship between the Regulation itself and existing bilateral agreements on succession matters. In this second regard, the findings of the Court are not entirely convincing, in so much as it affirms that undefined 'principles' underpinning the European act shall prevail upon the international agreement. Thus, the Court has replaced the clear rule established in Art. 75 of the Regulation with a case-by-case rule, with the result that the demands of legal certainty are put at risk.

## IL RICONOSCIMENTO DELLO STATUS DI RIFUGIATO PER LE DONNE VITTIME DI VIOLENZA DI GENERE ALLA LUCE DELLA CONVENZIONE DI ISTANBUL: UN COMMENTO A MARGINE DELLA SENTENZA WS (C-621/21)

Martina Minardi (Dottoranda di ricerca in diritto europeo presso l'Università Alma Mater Studiorum di Bologna e l'Université Paris II Panthéon-Assas)  
– 28 marzo 2024

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. La Convenzione di Istanbul – 3. La vicenda processuale. – 4. Gli effetti della Convenzione di Istanbul e l'interpretazione conforme operata dalla Corte. – 5. Brevi riflessioni conclusive.

1. Con la sentenza *Intervyuirasht organ na DAB pri MS* (Femmes victimes de violences domestiques) (causa C-621/21, d'ora in poi *WS*) del 16 gennaio 2024, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha avuto modo di occuparsi della questione della violenza di genere in materia di asilo. Pronunciandosi in via pregiudiziale, la grande sezione della Corte si è avvalsa per la prima volta della Convenzione di Istanbul in sede di interpretazione delle condizioni di riconoscimento dello *status* di rifugiato in caso di donne vittime di atti di violenza di genere e di violenza domestica. Sebbene la sentenza in questione sia significativa sotto diversi aspetti, il presente contributo si limiterà ad analizzare esclusivamente le implicazioni della Convenzione di Istanbul.

Il tema della violenza contro le donne ha costituito e continua ad essere oggetto di particolare attenzione da parte delle Istituzioni europee. A fronte dei casi allarmanti di violenza di genere e di violenza domestica denunciati dall'Agenzia UE per i diritti fondamentali, l'azione dell'Unione nel contrasto a queste tipologie di violenza si è intensificata. In proposito, l'UE ha promosso una serie di strumenti in diversi settori. Nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, l'Unione ha adottato, in particolare, la direttiva 2012/29/UE relativa alla tutela delle vittime di reato, che detta norme minime in materia di diritti nel contesto del processo penale. In questa sede rileva lo sforzo definitorio compiuto dal legislatore europeo, il quale ha inteso fornire una prima nozione europea della violenza di genere qualificandola come “una forma di discriminazione e una violazione delle libertà fondamentali della vittima che comprende la violenza nelle relazioni strette, la violenza sessuale (compresi lo stupro, l'aggressione sessuale e le molestie sessuali), [...] e varie forme di pratiche dannose, quali i matrimoni forzati,



la mutilazione genitale femminile e i cosiddetti reati d'onore" (considerando 17 della direttiva 2012/29/UE).

Sotto il profilo della politica comune di asilo – ambito della sentenza WS oggetto del presente contributo – la questione della tutela delle donne assume particolare rilevanza, in quanto si fa riferimento ad una categoria di soggetti doppiamente sensibili, vale a dire donne che in ragione degli atti di violenza di genere subiti, fuggono dal proprio paese di origine per richiedere la protezione internazionale. Nonostante l'elevata vulnerabilità di questi soggetti, la disciplina europea ha per lungo tempo ignorato le esigenze relative alla questione della violenza di genere.

La disciplina di riferimento si compone innanzitutto dell'articolo 78 TFUE, il cui paragrafo 1 sancisce che "l'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea [...]. Detta politica deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti". La presente disposizione di diritto primario dispone quindi un rinvio agli strumenti internazionali pertinenti in materia, rispetto ai quali le misure europee attuative della politica di asilo devono risultare conformi. È stato sostenuto che, gli obblighi dei suddetti strumenti internazionali per effetto del rinvio *ex* articolo 78, par. 1 TFUE "sono equiparati di fatto ai Trattati", con la conseguenza che "il diritto derivato ove non conforme [a tali obblighi] sarà illegittimo per violazione delle norme dei Trattati" (F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2012 p. 181 ss.).

Quanto ai trattati internazionali evocati all'articolo 78, par. 1 TFUE, rileva espressamente la Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo status dei rifugiati (di seguito: Convenzione di Ginevra), la quale è incorporata nell'ordinamento dell'Unione per il tramite del rinvio contenuto alla medesima disposizione. Tuttavia, l'articolo 78, par. 1, TFUE richiede che l'*acquis* in materia di asilo sia in conformità non solo alla Convenzione di Ginevra, ma anche degli "altri Trattati pertinenti", senza indicare esplicitamente quali essi siano. È stato rilevato in dottrina che, per rilevare come "Trattato pertinente" ai sensi dell'articolo 78, par. 1, TFUE, una convenzione deve essere conclusa dall'Unione europea o ratificata da tutti gli Stati membri (cfr. M. WILDERSPIN, *Policies on border checks, asylum and immigration*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of fundamental rights: a commentary*, Oxford, 2019, p. 820 ss.; in tal senso v. S. PEERS, V. MORENO-LAX, M. GARLICK, E. GUILD, *EU Immigration and asylum law (text and commentary)*, Leiden, 2015, p. 68 ss.). In altre parole,

in base alla convenzione internazionale in questione, la qualificazione come “Trattato pertinente” ai sensi dell’articolo 78, par. 1 TFUE richiederà una valutazione caso per caso.

Da un punto di vista sostanziale, la Convenzione di Ginevra subordina il riconoscimento dello status di rifugiato alla sussistenza di un giustificato timore di persecuzione riconducibile a cinque motivi, nessuno dei quali contiene un riferimento legato al genere. In altri termini, volendo utilizzare le parole dell’Avvocato generale De la Tour “la violenza di genere contro le donne [non costituisce], di per sé, motivo per il riconoscimento della protezione internazionale” ai sensi della Convenzione di Ginevra (conclusioni del 20 aprile 2023, causa C-621/21, *WS*, punto 56). A livello interno poi, la direttiva 2011/95/UE (di seguito: Direttiva qualifiche), stabilisce le norme sull’attribuzione, a cittadini terzi o apolidi, della qualifica dello status di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale. La direttiva riprende, in sostanza, l’articolo 1 A della Convenzione di Ginevra, sancendo che per rifugiato si intende “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” (articolo 2, lettera d), direttiva 2011/95). La direttiva qualifiche, come la Convenzione di Ginevra, non riconosce esplicitamente la violenza di genere quale motivo di persecuzione autonomo (il genere del richiedente potrebbe venire in rilievo indirettamente, alla luce di un’interpretazione ampia della direttiva qualifiche, sul punto cfr. conclusioni dell’Avvocato generale De la Tour, *WS*, cit., punto 56).

2. Più recentemente, questa tematica ha trovato riscontro in nuovo e più ambizioso strumento internazionale a livello regionale: la Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, più conosciuta come Convenzione di Istanbul. Trattasi di un accordo misto concluso sia dall’Unione sia dagli Stati membri, ad eccezione di Bulgaria, Repubblica Ceca, Ungheria, Lituania, Lettonia e Slovacchia. Nonostante l’avvenuta ratifica da parte della Polonia, la stessa ha annunciato nel 2020 il proprio recesso dalla Convenzione. Per quanto riguarda l’Unione, a seguito della firma intervenuta nel 2017, la decisione di conclusione dell’adesione è stata sottoposta al vaglio della Corte di giustizia in conformità della procedura prevista all’articolo 218, par. 11, TFUE (parere 1/19 della Corte del 6 ottobre 2021; in tal senso si veda

C. MORINI, *La questione dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul alla luce del parere 1/19 della Corte di Giustizia*, in *fsjeurostudies.eu*, n. 3, 2021, p. 149 ss.). Nel giugno 2023, con le decisioni 2023/1075 e 2023/1076 del Consiglio, l'Unione ha infine concluso la Convenzione di Istanbul, la quale è entrata formalmente in vigore per l'UE il 1° ottobre 2023.

La Convenzione di Istanbul è uno strumento di particolare importanza sotto plurimi aspetti. Innanzitutto, tra i principali pregi della presente Convenzione si annovera quello di imporre in capo alle Parti che l'hanno ratificata degli specifici obblighi di adottare nella propria legislazione interna misure volte a prevenire la violenza di genere contro le donne, proteggere le vittime e reprimere penalmente gli autori. Inoltre, rilevando la natura strutturale della violenza di genere, inclusa quella domestica, la Convenzione adotta un approccio olistico prendendo in considerazione una vasta serie di scenari. In questa prospettiva, occorre collocare il Capitolo VII intitolato "Migrazione e asilo", il quale offre una tutela specifica per le donne migranti e le donne richiedenti asilo vittime di violenza di genere.

In particolare, l'articolo 60 intitolato "Richieste di asilo basate sul genere" prevede al suo paragrafo 1 che "le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che la violenza contro le donne basata sul genere possa essere riconosciuta come una forma di persecuzione ai sensi dell'articolo 1, A (2) della Convenzione [di Ginevra]". È stato rilevato che la suddetta disposizione racchiude l'obbligo di qualificare quale forma di persecuzione, ai fini della concessione dello *status* di rifugiato, la violenza contro le donne basata sul genere, definita all'articolo 3 della Convenzione di Istanbul come "qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato" (cfr. F. STAIANO, *Article 60 Gender-based asylum claims*, in S. DE VIDO, M. FRULLI (eds.), *Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence a Commentary on the Istanbul Convention*, Cheltenham, 2023, p. 673 ss.). Il paragrafo 2 dell'articolo 60 poi dispone che "le parti si accertano che un'interpretazione sensibile al genere sia applicata a ciascuno dei motivi della Convenzione". La relazione esplicativa che accompagna la Convenzione di Istanbul chiarisce che l'obbligo *ex* articolo 60, par. 2 implica di riconoscere e comprendere come il genere possa influire sulle ragioni che soggiacciono a tutti i tipi di persecuzione (relazione esplicativa della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, Istanbul, 11 maggio 2011, punto 312). In proposito, la dottrina ha sottolineato la rilevanza che un'interpretazione sensibile al gene-

re sia garantita al di là della sola appartenenza ad un determinato gruppo sociale (cfr. F. STAIANO, *op. cit.*), in quanto un utilizzo esclusivo di questo motivo di persecuzione determinerebbe “una sorta di ghetizzazione delle donne vittime di violenza, che impedisce di mettere in luce la dimensione politica, sociale e religiosa di alcune forme di violenza” (S. DE VIDO, *Un approccio di genere alle migrazioni nella prospettiva del diritto internazionale alla luce della Convenzione di Istanbul del Consiglio Europa*, in O. M. PALLOTTA (a cura di), *Crisi climatica e questioni di genere*, Napoli, 2022, p. 42 ss.).

L'Unione europea, in quanto Parte aderente alla Convenzione, è tenuta ad attuare gli obblighi della Convenzione di Istanbul – compresi quelli del Capitolo VII – adeguando la propria normativa interna. Nel contesto della strategia per la parità di genere 2020-2025, la Commissione europea ha presentato una proposta di direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, su cui i legislatori dell'UE hanno raggiunto un accordo informale nel febbraio 2024. Tale proposta di direttiva “intende conseguire gli obiettivi della Convenzione di Istanbul” e a tal fine, stabilisce delle norme che configurano come reato alcune forme di violenza, ed implementa misure volte a migliorare l'assistenza specifica e l'accesso alla giustizia (COM/2022/105 dell'8 marzo 2022, p. 3 ss.). Nonostante i molteplici meriti della suddetta proposta di direttiva, non si può non constatare una certa lacuna normativa con riguardo alle donne richiedenti asilo vittime di violenza. L'assenza della materia migratoria dal testo si spiegherebbe in virtù delle basi giuridiche della proposta, vale a dire il combinato disposto dell'articolo 82, par. 2 e dell'articolo 83, par. 1, TFUE. È stato sostenuto in dottrina che “l'inclusione della base giuridica [dell'articolo 78, par. 2, TFUE] avrebbe potuto consentire all'Unione europea di attuare anche il capitolo VII della Convenzione di Istanbul, incidendo sulle procedure di riconoscimento di protezione internazionale a livello europeo” (S. DE VIDO, *Un approccio di genere*, cit., p. 48) Pertanto, la proposta di direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica rappresenta un'occasione mancata per l'UE di conformarsi agli obblighi derivanti dal Capitolo VII della Convenzione di Istanbul, specialmente quelli discendenti dall'articolo 60 della medesima convenzione.

Ed è in questo ampio contesto normativo che occorre iscrivere la sentenza *WS* in cui la Corte di giustizia ha impiegato proprio l'articolo 60 della Convenzione di Istanbul quale parametro interpretativo della direttiva qualifiche.

3. La ricorrente nella causa principale davanti al giudice di rinvio è una cittadina turca, curda, musulmana sunnita, la quale è stata costretta a contrarre matrimonio a soli 16 anni. A seguito di ripetuti atti di violenza domestica, WS ha abbandonato il tetto coniugale e ottenuto il divorzio, ragion per cui è stata vittima di vari atti di violenza e di minacce di morte da parte del coniuge e dei membri della sua famiglia biologica. In sede di una prima domanda di protezione internazionale, l'Agenzia nazionale per i rifugiati bulgara (DAB) aveva rifiutato la richiesta di WS ritenendo che gli atti di violenza domestica e le minacce subite non fossero pertinenti in quanto non riconducibili a nessuno dei motivi di persecuzione per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Successivamente, WS ha presentato un'ulteriore domanda di protezione internazionale introducendo come nuovo elemento di prova una sentenza di condanna turca a carico dell'ex marito per il reato di minacce subite dalla ricorrente. Basandosi su ciò, WS ha fatto valere fondati timori di persecuzione a causa della sua appartenenza a un "determinato gruppo sociale", ossia quello delle donne vittime di violenza domestica e di delitti d'onore. Nonostante i nuovi elementi di prova prodotti, la DAB ha rifiutato di riaprire la procedura di riconoscimento della protezione internazionale nei confronti di WS. Ed è in sede di ricorso contro il provvedimento di diniego, che il Tribunale amministrativo di Sofia (Bulgaria) ha espresso delle incertezze circa la concessione della protezione internazionale, e se del caso sull'eventuale tipologia di protezione, nei confronti di WS. Per tale ragione, il giudice bulgaro ha deciso di esperire un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Il giudice di rinvio si interroga nello specifico sul modo in cui tenere conto del genere al fine di stabilire se una donna vittima di violenza domestica appartenga ad un "determinato gruppo sociale" quale motivo di persecuzione riconosciuto all'articolo 10, par. 1, lettera d) della direttiva qualifiche. A questi fini, il giudice chiede, fra l'altro, alla Corte se nel contesto dell'interpretazione della direttiva qualifiche si debba prendere in considerazione la Convenzione di Istanbul (punto 30 della sentenza). A tal proposito, il giudice ha osservato che la violenza fisica o sessuale, i matrimoni forzati o le molestie, come definiti dalla Convenzione di Istanbul, rientrano nell'ambito delle violenze contro le donne fondate sul genere che sono menzionate al considerando 30 della direttiva qualifiche e possono essere qualificate come "atti di persecuzione" ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2 della medesima direttiva (punto 31 della sentenza). Il giudice di rinvio, pertanto, domanda alla Corte se nel caso di specie trovi applicazione la nozione di violenza contro le donne basate sul genere prevista dalla Convenzione d'Istanbul oppure se

detta nozione abbia una portata autonoma nel diritto dell'Unione (quesito 1). In secondo luogo, il giudice nazionale chiede se per appartenere ad un "determinato gruppo sociale" come motivo della concessione della protezione internazionale sia sufficiente constatare il sesso biologico femminile della vittima di violenza domestica, oppure occorra constatare un ulteriore criterio distintivo (quesiti 2 e 3). La giurisdizione di rinvio poi si interroga in merito al nesso causale tra motivi di persecuzione e la mancata protezione concessa nel paese di origine nel caso di violenze commesse da un soggetto non statale (quesito 4). Infine, l'ultimo quesito riguarda le condizioni per la concessione della protezione sussidiaria, in caso di diniego dello *status* di rifugiato nei confronti di WS.

La Corte, in sostanza, è chiamata ad esprimersi sul se ed eventualmente in che misura la nozione di violenza di genere prevista nella Convenzione di Istanbul trovi applicazione nelle condizioni relative allo status di rifugiato stabilite dalla direttiva qualifiche. Ed è nel contesto dell'interpretazione di detta direttiva, che la Corte è quindi interpellata circa la qualificazione della Convenzione di Istanbul come "Trattato pertinente" ai sensi dell'articolo 78, par. 1, TFUE, in virtù del quale la politica di asilo dell'Unione deve essere "conforme". Tuttavia, una simile operazione di qualificazione potrebbe astrattamente incontrare un ostacolo nella misura in cui l'accordo misto in causa è stato ratificato dall'Unione europea, ma non da tutti gli Stati membri. In particolare, la Bulgaria – tra l'altro Stato membro della giurisdizione di rinvio – rientra tra i principali oppositori della Convenzione d'Istanbul, in quanto ritenuta come non compatibile con la Costituzione bulgara (In tal senso v. R. VASSILEVA, *Bulgaria's constitutional troubles with the Istanbul Convention*, in *verfassungblog.de*, 2 August 2018). Non sorprende in questa prospettiva che, nel procedimento del parere 1/19 sull'adesione dell'UE alla Convenzione di Istanbul sia stata invocata l'identità nazionale garantita all'articolo 4, par. 2, TUE nei confronti della Bulgaria proprio per scongiurare l'attuazione di misure contrarie alla propria Costituzione nazionale.

Con la sentenza del 16 gennaio 2024, la grande sezione della Corte ha applicato la Convenzione di Istanbul, concludendo di tal modo che "l'articolo 10, paragrafo 1, lettera d), della direttiva qualifiche deve essere interpretato nel senso che, sulla base delle condizioni esistenti nel paese d'origine, possono essere considerate appartenenti a "un determinato gruppo sociale", quale motivo di riconoscimento dello status di rifugiato, "tanto le donne di tale paese nel loro insieme quanto gruppi più ristretti di donne che condividono una caratteristica comune supplementare" (punto 62 della sentenza). L'approccio della Corte alla Convenzione di Istanbul solleva



pertanto la questione, trattata nel paragrafo seguente, del modo in cui detta Convenzione produce effetti giuridici nell'ordinamento dell'Unione e negli ordinamenti degli Stati membri, anche qualora essi non abbiano ratificato la medesima Convenzione.

4. Nelle sue conclusioni intervenute prima dell'adesione dell'UE alla Convenzione d'Istanbul, l'Avvocato generale De la Tour aveva escluso la qualificazione di detta Convenzione quale "Trattato pertinente" trovando come impedimento non solo la non ancora avvenuta adesione dell'UE *ratione temporis*, ma anche la circostanza della mancata ratifica di tutti gli Stati membri (conclusioni dell'Avvocato generale De la Tour, *WS*, cit., punto, 59). Negando così l'applicabilità della Convenzione di Istanbul al caso di specie, l'Avvocato generale aveva suggerito di interpretare la direttiva qualifiche facendo riferimento alla nozione di genere prevista al considerando 17 della direttiva 2012/29/UE in materia di tutela delle vittime di reato testé citata (conclusioni dell'Avvocato generale De la Tour, *WS*, cit., punto 58). Discostandosi dalle conclusioni dell'Avvocato generale, la Corte ha fornito una diversa interpretazione, assumendo di tal modo una postura piuttosto rispettosa degli strumenti di diritto internazionale dei rifugiati. La Corte, seppure succintamente in solo due punti della sentenza, ha determinato che "la Convenzione d'Istanbul che vincola l'Unione dal 1° ottobre 2023 [rientra tra i] trattati pertinenti di cui all'articolo 78, paragrafo 1, TFUE" nonostante "taluni Stati membri, tra cui la Bulgaria, non hanno ratificato detta Convenzione" (punti 46 e 47 della sentenza). Malgrado la Corte abbia finalmente posto fine al dibattito circa la qualificazione della Convenzione di Istanbul come "Trattato pertinente" ai sensi dell'articolo 78, par. 1, TFUE, non si può non rilevare una certa sinteticità nella sua risposta. Inoltre, la Corte si è limitata a giudicare come irrilevante la mancata ratifica da parte della Bulgaria, senza pertanto né rinviare ad una giurisprudenza anteriore né tanto meno spiegare in che modo la Bulgaria è vincolata alla Convenzione in causa.

Lo *status* e il grado di vincolatività degli accordi misti rappresenta una questione abbastanza risalente (in tal senso V. E. NEFRAMI, *Mixed Agreement as a Source of European Union Law*, in E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Boston, 2012, p. 325 ss.). Nel silenzio della sentenza *WS*, è opportuno in questa sede fare riferimento alla celebre sentenza *Haegeman* del 1974, in cui la Corte ha stabilito che le disposizioni di un accordo misto, per quanto riguarda la parte relativa all'Unione, "formano dal momento della sua entrata in vi-



gore, parte integrante dell'ordinamento comunitario" (sentenza della Corte del 30 aprile 1974, causa 181/73, *Haegeman*, punto 3/5). Inoltre, secondo una giurisprudenza costante della Corte, "gli accordi misti hanno nell'ordinamento comunitario la stessa disciplina giuridica degli accordi puramente comunitari, trattandosi di disposizioni che rientrano nella competenza della Comunità" (sentenza della Corte del 30 maggio 2006, causa C-459/03, *Commissione c. Irlanda*, punto 84). In altre parole, la parte di un accordo misto conclusa dall'Unione attraverso l'esercizio delle sue competenze è vincolante ex articolo 216, par. 2, TFUE, il quale dispone che "gli accordi conclusi dall'Unione vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri".

Per quanto riguarda la qualificazione della Convenzione di Istanbul come "Trattato pertinente" ex articolo 78, par. 1, TFUE, potrebbe essere ipotizzato che i "Trattati pertinenti" ai sensi della medesima disposizione non includano le parti di un accordo misto che ricadono nella competenza degli Stati membri, specialmente se non sono ratificate da tutti gli Stati membri. Tuttavia, questa questione non è rilevante nel caso di specie poiché la disposizione impiegata come parametro di interpretazione, ossia l'articolo 60 della Convenzione di Istanbul, rientra certamente tra gli obblighi assunti dall'UE nell'esercizio delle sue competenze (in tal senso v. parere della Corte 1/19, cit., punti 118-120). A tal proposito, la Corte ha osservato che la Convenzione di Istanbul "enuncia obblighi rientranti nell'ambito di applicazione dell'articolo 78, paragrafo 2, TFUE, che conferisce al legislatore dell'Unione il potere di adottare misure relative a un sistema europeo comune di asilo, quali la direttiva [qualifiche]" (punto 46 della sentenza; al riguardo v. anche parere della Corte 1/19, cit., punti 294, 302, 303). Essendo dunque l'articolo 60 della Convenzione di Istanbul parte dell'accordo concluso nell'esercizio della competenza dell'Unione, esso è vincolante per le istituzioni europee. Ciò spiega probabilmente perché la Corte ha concluso che "detta convenzione, nei limiti in cui presenta un collegamento con l'asilo e il non refoulement, fa anch'essa parte dei trattati pertinenti di cui all'articolo 78, paragrafo 1, TFUE" (punto 46 della sentenza).

Con riguardo agli Stati membri, l'articolo 60 della Convenzione di Istanbul è parimenti vincolante, a prescindere dalla loro ratifica. Secondo la giurisprudenza costante della Corte, le disposizioni dell'accordo misto che rientrano nella competenza UE hanno per "conseguenza" di imporre agli "Stati membri di adempiere, nell'ordinamento comunitario, [ad] un obbligo verso la Comunità", ossia quello di garantire "il rispetto degli impegni [internazionali assunti] delle istituzioni comunitarie" (sentenza *Commissione c. Irlanda*, cit., punto 85). Tutti gli Stati membri sono pertanto tenuti ad

attuare in maniera efficace la parte di accordo misto a cui l'UE ha aderito, in conformità al principio di leale collaborazione sancito all'articolo 4, par. 3, TUE, come qualsiasi altro atto unilaterale delle istituzioni o accordo internazionale concluso dall'Unione. (In tal senso v. F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea: studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020, p. 227 ss.; E. NEFRAMI, *op. cit.*). In questa ottica, quindi, la mancata ratifica di alcuni Stati membri, ed in particolare quella della Bulgaria, è irrilevante nella misura in cui non pregiudica l'applicabilità dell'articolo 60 della Convenzione di Istanbul al caso di specie.

Essendo la Convenzione di Istanbul un "Trattato pertinente" ai sensi dell'articolo 78, par. 1, TFUE, viene in rilievo l'esigenza di rendere "conformi" a tale convenzione le misure attuative della politica di asilo. Per tale ragione, la Corte ha proceduto all'interpretazione della direttiva qualifiche "in particolare dell'articolo 10, paragrafo 1, lettera d), di quest'ultima, nel rispetto della Convenzione di Istanbul" (punto 44 della sentenza). La Corte ha mobilitato, in sostanza, la dottrina dell'interpretazione conforme al diritto internazionale, la quale assicura la *primauté* degli accordi internazionali sulle disposizioni di diritto derivato interno. Secondo la giurisprudenza della Corte rilevante sul punto, le istituzioni europee sono vincolate dagli accordi conclusi dall'UE in virtù dell'articolo 216, par. 2, TFUE, "e di conseguenza, tali accordi prevalgono sugli atti di diritto [europeo] derivato" (sentenza della Corte del 3 giugno 2008, causa C-308/06, *Intertanko*, punto 42). Essendo l'Unione tenuta ad esercitare le proprie competenze nel rispetto del diritto internazionale, questo implica il dovere di interpretare il diritto derivato "alla luce delle norme [internazionali] pertinenti" (sentenza della Corte del 24 novembre 1992, causa C-286/90, *Poulsen*, punto 9). In sostanza, in virtù del principio del rispetto del diritto internazionale, l'UE è tenuta a rispettare gli accordi internazionali che la vincolano ex articolo 216, par. 2, TFUE. Da questa premessa discende l'obbligo per la Corte di fare riferimento alle disposizioni della convenzione internazionale quando interpreta o applica le norme interne pertinenti. In questa prospettiva "il dovere di interpretazione conforme rappresenta un corollario dell'incorporazione del diritto internazionale nel diritto dell'UE" (F. CASOLARI, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order: the doctrine of consistent interpretation*, in E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (eds.), *op. cit.*, p. 406 ss.; traduzione dell'a.). Occorre tuttavia precisare che l'obbligo di interpretazione conforme è circoscritto alla "misura del possibile" (sentenza della Corte del 10 settembre 1996, causa C-61/94, *Commissione c. Germania*, punto 52). Difatti, qualora più interpretazioni della norma di diritto

derivato UE sono ammissibili, bisognerà privilegiare quella che risulti in conformità con l'accordo internazionale. Al contrario, se il significato della disposizione in causa è univoco e contrasta con l'accordo internazionale, non sarà possibile interpretarla in conformità con il diritto internazionale poiché si tratterebbe di una interpretazione *contra legem* (in tal senso v. K. LENAERTS, J-A. GUTIERREZ-FONS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'UE*, Bruxelles, 2020, p. 85 ss.).

Nel caso *WS*, a differenza della giurisprudenza precedente, la Corte ha fatto un uso peculiare della dottrina dell'interpretazione conforme. Mentre nel caso *Poulsen* l'obbligo di interpretazione conforme discende dall'articolo 216, par. 2, TFUE, e quindi dalla prevalenza degli accordi internazionali sulle disposizioni di diritto derivato, nel caso *WS* l'obbligo di interpretazione conforme proviene dall'articolo 78, par. 1, TFUE. Questa disposizione di diritto primario impone che l'interpretazione del diritto derivato in materia di asilo "deve essere effettuata [...] nel rispetto della Convenzione di Ginevra e degli altri trattati pertinenti di cui all'articolo 78, paragrafo 1, TFUE" (sentenza della Corte del 31 gennaio 2017, causa C-573/14, *Lounani*, punto 42; del 14 maggio 2019, cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, *M. e A.*, punto 75) tra cui rileva la Convenzione di Istanbul (punto 47 della sentenza). È stato sostenuto che la "conformità" ex articolo 78, par. 1, TFUE costituisce un rigoroso obbligo di interpretare ed applicare il diritto derivato dei rifugiati nel rispetto degli strumenti di diritto internazionale pertinenti (cfr. M. WILDERSPIN, *op. cit.*). In virtù di tale obbligo di conformità ex articolo 78, par. 1, TFUE, gli obblighi di contrasto alla violenza genere previsti nella Convenzione di Istanbul devono trovare riscontro nel diritto derivato in materia di asilo. L'interpretazione conforme in questa sede rappresenta dunque il metodo tramite il quale la Corte ha incorporato l'articolo 60 della Convenzione di Istanbul nell'ambito della direttiva qualifiche, facilitando di tal modo il riconoscimento dello *status* di rifugiato per le donne vittime di violenza.

Fondandosi sull'obbligo di riconoscere la violenza di genere come una forma di persecuzione e sull'obbligo di accertarsi che un'interpretazione sensibile sia applicata a ciascuno dei motivi di persecuzione, rispettivamente previsti all'articolo 60, parr. 1 e 2 della Convenzione di Istanbul, la Corte ha proceduto all'interpretazione conforme delle due condizioni richieste dall'articolo 10, par. 1, lettera d) della direttiva qualifiche ai fini dell'esistenza di un "determinato gruppo sociale" quale motivo di concessione della protezione internazionale. Alla luce di ciò, la Corte ha concluso che "le donne, nel loro insieme, possono essere considerate come appartenenti ad un

determinato gruppo sociale ai sensi dell'articolo 10, par. 1, lettera d) della direttiva [qualifiche], qualora sia accertato che nel paese di origine, esse sono a causa del loro sesso, esposte a violenze fisiche o mentali, incluse violenze sessuali e domestiche" (punto 57 della sentenza).

5. La questione della violenza di genere nei confronti delle donne rientra tra le preoccupazioni principali delle nostre società, e come ha sottolineato l'Avvocato generale De la Tour, "le autorità pubbliche hanno preso coscienza della necessità di proteggere meglio le donne vittime di violenza nella loro cerchia familiare" (conclusioni *WS, cit.*, punto 1). Ed è in questo scenario di accresciuta consapevolezza che la Corte di giustizia ha inteso fornire il proprio contributo al contrasto della violenza di genere e domestica, favorendo il riconoscimento dello *status* di rifugiato per le donne vittime di questa tipologia di violenza.

L'articolo 60 della Convenzione di Istanbul si è rivelato essere un parametro di interpretazione utile della direttiva qualifiche, il quale ha permesso alla Corte di fornire una interpretazione sensibile al genere, colmando di tal modo il silenzio del diritto derivato dei rifugiati. In questa prospettiva, è stato peraltro sostenuto che l'utilizzo della Convenzione d'Istanbul quale strumento di interpretazione del diritto derivato potrebbe estendersi al di là della disciplina migratoria (in tal senso v. S. DE VIDO, *La Convenzione di Istanbul quale strumento interpretativo del diritto derivato dell'UE in situazioni di violenza contro le donne: la sentenza C-621/21 della CGUE*, in *SIDIBlog*, 24 febbraio 2024).

L'interpretazione conforme della Convenzione di Istanbul ha consentito poi di uniformare la tutela a beneficio di una categoria particolarmente vulnerabile di donne, circoscrivendo al contempo gli effetti della mancata adesione di alcuni Stati membri, come la Bulgaria e anche della Polonia. Il metodo dell'interpretazione conforme ha inoltre permesso di incorporare l'articolo 60 della Convenzione di Istanbul nel diritto dell'UE. In mancanza di riferimenti alle donne richiedenti asilo nella proposta di direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne testé citata, la sentenza *WS* rappresenta allora un'attuazione puntuale degli obblighi discendenti dal Capitolo VII della Convenzione di Istanbul.

In definitiva, la sentenza *WS* costituisce un significativo precedente per taluni casi tuttora pendenti davanti alla Corte di giustizia, specialmente le cause riunite C-608/22 e C-609/22, in cui la questione di fondo posta è se le donne in fuga dal regime dei talebani in Afghanistan, possono essere riconosciute come rifugiate semplicemente in ragione del fatto che sono donne. È

dunque probabile che la Convenzione di Istanbul troverà presto applicazione in ulteriori pronunce della Corte di giustizia.

### **Abstract (ita)**

Nella sentenza *WS* del 16 gennaio 2024, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è avvalsa per la prima volta della Convenzione di Istanbul, chiarendo le condizioni di riconoscimento dello *status* di rifugiato in caso di donne vittime di violenza di genere e di violenza domestica. Riconoscendo la Convenzione di Istanbul quale “Trattato pertinente” ai sensi dell'articolo 78, par. 1, TFUE, la Corte ha fornito un'interpretazione della direttiva 2011/95 conforme alla presente convenzione, sebbene la Bulgaria – Stato membro della giurisdizione di rinvio – non l'abbia ratificata. Il presente contributo si propone di chiarire il modo in cui la Convenzione di Istanbul produce taluni effetti giuridici nell'ordinamento dell'Unione e negli ordinamenti degli Stati membri, anche in mancanza di ratifica da parte di quest'ultimi.

### **Abstract (eng)**

In the *WS* judgment, delivered on 16 January 2024, the Court of justice of the European Union referred to the Istanbul Convention for the first time, clarifying the conditions for granting refugee status to women victims of gender-based violence and domestic violence. Recognizing the Istanbul Convention as a “Relevant Treaty” within the meaning of Article 78, para. 1, TFEU, the Court has provided an interpretation of Directive 2011/95 in accordance with this convention, notwithstanding Bulgaria – the Member State of the referral's jurisdiction – has not ratified it. This contribution aims to elucidate how the Istanbul Convention produces certain legal effects in the EU legal order as well as in the legal system of the Member States, even in the absence of ratification by the latter.

## LA PERDITA IP SO IURE DELLA CITTADINANZA NAZIONALE E DELL'UNIONE E IL TEST DI PROPORZIONALITÀ ALLA LUCE DELLA SENTENZA X DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Cecilia Nota (Dottoranda di ricerca in diritto dell'Unione europea,  
Università degli Studi di Torino) – 22 febbraio 2024

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il procedimento principale e la questione pregiudiziale. – 3. Il test di proporzionalità. – 4. L'esame individuale e la sentenza. – 5. Considerazioni conclusive.

1. La Corte di giustizia dell'UE (in seguito “Corte”), nella sentenza del 5 settembre 2023, causa C-689/21, *X c. Udlændinge- og Integrationsministeriet* (“Ministero danese dell'Immigrazione e dell'Integrazione”, di seguito denominato “Ministero”), si è pronunciata sull'interpretazione dell'articolo 20 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La sentenza è stata resa in conformità con la sentenza del 12 marzo 2019, causa C-221/17, *Tjebbes e a.* La questione pregiudiziale riguardava la conformità all'articolo 20 TFUE di una normativa danese che, per individui nati all'estero, prescrive la perdita *ipso iure* della cittadinanza al compimento dei 22 anni, qualora non sussista un legame effettivo con detto Stato, ovvero che non vi abbiano mai vissuto né soggiornato in determinate circostanze. Tale disposizione potrebbe comportare la perdita della cittadinanza dell'Unione, e dei diritti ad essa correlati, per coloro che non detengano la cittadinanza di altri Stati membri.

Il presente contributo intende analizzare la questione pregiudiziale e la relativa sentenza, al fine di comprenderne le linee di continuità con la giurisprudenza consolidata in materia e, in particolare, con la sentenza *Tjebbes e a.*

2. Il procedimento in esame ha per oggetto la normativa danese relativa alla cittadinanza, in particolare l'articolo 8 della legge n. 422 del 7 giugno 2004 (in seguito “legge sulla nazionalità”). Questa disposizione prescrive la perdita *ipso iure* della cittadinanza danese al raggiungimento del limite di età per chi è nato all'estero e non ha mai dimorato in Danimarca o soggiornato per circostanze che indichino un legame effettivo con il Paese, salvo eccezioni per coloro che, in conseguenza a questa norma, si troverebbero in uno stato di apolidia. La prassi nazionale, inoltre, prevede una deroga che consente il mantenimento della nazionalità tramite una domanda di mantenimento



della stessa da presentare prima del raggiungimento del limite di età, e comunque il più vicino possibile al compimento dei 22 anni; relativamente a questa possibilità di deroga, il Ministero decide valutando ogni caso *ad hoc*. Le domande pervenute prima del compimento dei 21 anni costituiscono la base di un'attestazione di nazionalità con riserva. La circolare sulla naturalizzazione (circolare n. 10873 del 13 ottobre 2015 sulla naturalizzazione, modificata dalla circolare n. 9248 del 16 marzo 2016), considerata in combinato disposto con l'articolo 44, paragrafo 1, della Costituzione danese, impone la naturalizzazione come unico mezzo di riacquisto della cittadinanza per chi la perda ai sensi dell'articolo 8 della legge sulla nazionalità.

La Danimarca non ha apportato modifiche sostanziali all'articolo 8 della legge sulla nazionalità al fine di assicurare il rispetto della sentenza *Tjebbes e a.*; tuttavia, i relativi lavori preparatori esprimono la necessità che il Ministero, nell'esaminare le domande di mantenimento della cittadinanza, consideri elementi aggiuntivi che consentano una valutazione individuale degli effetti derivanti dalla perdita della cittadinanza danese e dell'Unione. In particolare, si richiede di valutare se tali effetti siano proporzionati allo scopo di verificare l'esistenza di un legame effettivo tra i richiedenti e la Danimarca. Da ciò discende che, secondo il Ministero, la sentenza *Tjebbes e a.* implica, in sede di esame delle domande di mantenimento della cittadinanza, di valutare anche elementi quali il collegamento del richiedente con altri Stati membri dell'Unione e le possibili conseguenze della perdita della cittadinanza danese ai fini dell'esercizio del diritto alla libera circolazione. Il Ministero ritiene che il sistema danese consenta l'esame individuale richiesto dalla Corte e che tale esame non debba essere possibile in qualsiasi momento, ma possa essere effettuato esclusivamente secondo le modalità previste dall'articolo 8 della legge sulla nazionalità.

La prassi amministrativa danese relativa alle domande di mantenimento della cittadinanza individua tre possibili situazioni. In primo luogo, chi dimostra di aver soggiornato in Danimarca per almeno un anno prima del compimento dei 22 anni non perde la cittadinanza. In secondo luogo, anche un soggiorno inferiore a un anno può non comportare la perdita della cittadinanza se esprime comunque un legame effettivo con la Danimarca, ad esempio attraverso attività che la domanda di pronuncia pregiudiziale descrive come il servizio militare, l'iscrizione a un'università pubblica, un periodo di formazione o vacanze ricorrenti; queste attività vengono riportate nella sentenza come circostanze tali da indicare un legame di coesione con il Paese (punto 24). In terzo luogo, il Ministero può derogare alle condizioni normali di perdita della cittadinanza in base ad una valutazione *ad hoc*, basa-

ta su elementi che, sempre secondo la domanda di pronuncia pregiudiziale, comprendono “la conoscenza del danese, la durata dei periodi di vacanza in Danimarca e i contatti con la Danimarca in generale”, purché la domanda sia comunque pervenuta prima del raggiungimento del limite di età. L'unica conseguenza della sentenza *Tjebbes e a.* riguarda, quindi, la previsione di un esame individuale relativo agli effetti della perdita della cittadinanza danese e dell'Unione esclusivamente per le domande di mantenimento presentate fra i 21 e i 22 anni di età.

Il caso di specie riguardava X, cittadina danese e americana, la quale aveva presentato domanda di mantenimento della cittadinanza danese il 17 novembre 2014, superato il limite di età. Basandosi sulle informazioni fornite dalla richiedente, relative ad un breve soggiorno in Danimarca e altri elementi, il Ministero, con decisione del 31 gennaio 2017, ha dichiarato la perdita della cittadinanza danese, ai sensi dell'art. 8 legge sulla nazionalità; allo stesso tempo, a X era stato negato di poter beneficiare della deroga contemplata nella seconda parte di detto articolo, poiché aveva presentato la domanda di mantenimento della cittadinanza dopo aver compiuto i 22 anni e comunque senza dimostrare un legame effettivo con la Danimarca. Il 9 febbraio 2018 X ha presentato ricorso di annullamento della decisione ministeriale, sostenendo che la perdita *ipso iure* della cittadinanza danese non è proporzionata all'obiettivo che la norma intende perseguire né è compatibile con l'articolo 20 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 7 della Carta. Facendo riferimento alla sentenza *Tjebbes e a.*, X sostiene la mancanza di proporzionalità della normativa danese sulla perdita della cittadinanza, poiché essa prevede un riacquisto esclusivamente mediante naturalizzazione, che non può essere considerata un mezzo di accesso semplificato, e, soprattutto, non opera *ex tunc*.

Di conseguenza, il giudice danese del rinvio sottopone alla Corte una questione pregiudiziale, tenendo conto in modo particolare dell'interpretazione precedentemente resa dalla Corte nella sentenza *Tjebbes e a.* Il giudice del rinvio si interroga sulla conformità della normativa danese relativa alla perdita della cittadinanza con l'articolo 20 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 7 della Carta. Tale interrogativo verte, in particolare, sulla legittimità della perdita *ipso iure* della cittadinanza al raggiungimento del limite di età, senza eccezioni, e sulla circostanza che la naturalizzazione costituisca l'unica possibilità di riacquisto prevista.

3. In base ai precedenti giurisprudenziali, per la presente controversia rilevano due principi fondamentali. In primo luogo, la competenza degli

Stati membri sulla cittadinanza dev'essere esercitata nel rispetto del diritto dell'Unione; l'Avvocato generale *Szpunar* nelle sue conclusioni indica come prioritario il requisito secondo il quale la perdita della cittadinanza dovrebbe anche corrispondere ad un motivo di pubblico interesse generale e non può, pertanto, essere arbitraria (punto 34). In secondo luogo, il controllo giurisdizionale, condotto alla luce del diritto dell'Unione e del principio di proporzionalità, richiede un esame completo delle conseguenze della perdita dello *status* di cittadino dell'Unione, con un'attenzione particolare ai diritti fondamentali, come il diritto al rispetto della vita familiare.

La cittadinanza dell'Unione rappresenta lo *status* fondamentale dei cittadini europei (*inter alia*, sentenza del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, punto 31; sentenza del 21 febbraio 2013, causa C-46/12, *N.*, punto 27; sentenza del 15 luglio 2021, causa C-535/19, *A (Assistenza sanitaria pubblica)*, punto 41; sentenza del 18 gennaio 2022, causa C-118/20, *Wiener Landesregierung*, punto 29) derivata dal diritto nazionale degli Stati membri che definiscono le modalità di acquisizione e perdita della cittadinanza nazionale; tali modalità non sono in alcun modo definite dal diritto dell'Unione (S. MARINAI, *La cittadinanza e l'apolidia*, in A. M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI, *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, p. 37 ss.). La Corte ha stabilito, *inter alia*, nella sentenza del 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti* che gli Stati membri devono esercitare questa competenza in conformità con il diritto dell'Unione (punto 10). Inoltre, nella sentenza del 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottmann*, la Corte, considerando il valore fondamentale conferito all'articolo 20 TFUE, sostiene che la situazione di un cittadino di uno Stato membro che perdendo la cittadinanza nazionale perde anche quella europea rileva ai sensi del diritto dell'Unione (punti 42 e 43).

La Corte, richiamando la giurisprudenza consolidata e definendola "costante" (punto 28), ha ribadito anche nella sentenza in commento l'attribuzione agli Stati membri della competenza nella definizione delle modalità di acquisizione e perdita della cittadinanza. Tuttavia, la Corte sottolinea che questa competenza non esclude l'obbligo di conformità alle norme dell'Unione nelle circostanze rientranti nel suo ambito di applicazione. L'art. 20 TFUE conferisce lo *status* di cittadino dell'Unione a chiunque sia in possesso della cittadinanza di uno Stato membro. Ancorché esso stabilisca un diritto fondamentale protetto dal diritto dell'Unione, non vieta agli Stati membri di stabilire condizioni per l'acquisizione o la perdita della cittadinanza, purché tali condizioni siano conformi al diritto dell'Unione, con particolare attenzione al principio di proporzionalità. Già nella sentenza *Rottmann*, la

Corte aveva stabilito che la competenza degli Stati membri di determinare le modalità di acquisizione e perdita della cittadinanza può essere sottoposta ad un controllo giurisdizionale in base al diritto dell'Unione, "qualora leda i diritti riconosciuti e tutelati dall'ordinamento giuridico dell'Unione" (punto 48). Infatti, nonostante il caso *Rottmann* riguardasse una naturalizzazione ottenuta in modo fraudolento, la Corte enfatizzava la possibilità di sottoporre tale decisione a un esame di proporzionalità per valutare gli effetti e le conseguenze della perdita della cittadinanza dell'Unione, concludendo che il diritto dell'Unione e, in particolare, l'articolo 20 TFUE non si oppongono alla revoca in questione a condizione che essa rispetti il principio di proporzionalità (punto 59) (v. S. MARINO, *La perdita della cittadinanza dell'Unione europea alla luce del principio di proporzionalità*, in *rivista.eurojus.it*, 12 luglio 2021).

La Corte riconosce agli Stati membri la facoltà di valorizzare il legame effettivo con i propri cittadini, nonché la reciprocità di diritti e doveri che costituiscono il fondamento della cittadinanza. Tuttavia, la revoca automatica della cittadinanza, comportante la cessazione dello *status* di cittadino dell'Unione, deve rispettare il principio di proporzionalità. Gli Stati membri sono tenuti a garantire che la perdita della cittadinanza, quando comporta la cessazione dello *status* di cittadino dell'Unione, sia proporzionata alle circostanze individuali e rispetti i diritti fondamentali tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In merito, l'Avvocato generale *Szpunar* ritiene legittimo che uno Stato membro protegga il legame effettivo con i propri cittadini, chiarito già in *Rottmann*, *Tjebbes e a.* e *Wiener Landesregierung*. L'Avvocato generale altresì riconosce che criteri come la residenza abituale al di fuori del proprio territorio possano riflettere l'assenza di tale legame. Tuttavia, si interroga sulla legittimità di questo criterio di residenza (punti 60 e 61); infatti, un criterio che non distingue tra residenza in un altro Stato membro e residenza in uno Stato terzo espone i cittadini dell'Unione al rischio di limitazione del proprio diritto di libera circolazione, e, conseguentemente, risulta difficile considerarlo proporzionale al diritto dell'Unione.

4. Come già stabilito nelle sentenze *Rottmann* e *Tjebbes e a.*, la Corte ribadisce che la revoca automatica della cittadinanza sarebbe incompatibile con il principio di proporzionalità nel caso in cui le disposizioni nazionali non prevedano un esame individuale delle conseguenze di tale revoca in termini di diritto dell'Unione (D. KOCHENOV, *The Tjebbes fail*, in *European Papers*, n. 4, 2019, pp. 319-336; M. F. ORZAN, *Da Rottmann a Tjebbes e.a.*:

*riflessioni sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di cittadinanza europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, pp. 997-1014; M. MESSINA, *Conseguenze della perdita della cittadinanza nazionale e dell'Unione europea e rispetto del principio di proporzionalità: La Corte di giustizia ritiene insufficiente il criterio del legame effettivo e continuato nel tempo e sembra andare oltre la sentenza Rottmann?*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2019, pp. 451-456).

In particolare, il test di proporzionalità in *Tjebbes e a.* ha una duplice valenza. Da un lato, la Corte afferma la conformità con il diritto dell'Unione delle normative degli Stati membri che considerino la propria cittadinanza come espressione di un legame effettivo con i propri cittadini e, pertanto, di collegare la totale assenza o la cessazione di tale legame alla perdita della cittadinanza nazionale, anche se ciò comporta la perdita di quella dell'Unione; d'altra parte, la Corte dichiara che la perdita *ipso iure* della cittadinanza di uno Stato membro, per essere compatibile con il principio di proporzionalità, può essere decisa solo in seguito ad un esame individuale degli effetti e delle conseguenze derivanti da tale perdita dal punto di vista del diritto dell'Unione (punto 39). In questa sentenza, la Corte arricchisce di contenuti il test di proporzionalità, stabilendo che esso deve comprendere il rischio per l'interessato di essere sottoposto a "limitazioni nell'esercizio del suo diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, [...] di mantenere legami regolari e effettivi con i suoi familiari, di esercitarvi la sua attività professionale o di intraprendervi le iniziative necessarie per esercitarvi una siffatta attività," dell'impossibilità di rinunciare alla cittadinanza di uno Stato terzo e del "serio rischio di deterioramento sostanziale della sicurezza o della libertà di movimento" derivante dall'impossibilità di beneficiare della protezione consolare ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 2, lettera c), TFUE (punto 46). Inoltre, nel caso in cui tale esame individuale da parte degli organi giurisdizionali competenti conduca a una non compatibilità tra la perdita della cittadinanza in questione e il principio di proporzionalità, quest'ultimo, secondo la Corte, impone la necessità di un riacquisto *ex tunc* della cittadinanza stessa, al momento della richiesta di un documento di viaggio o di qualsiasi altro documento attestante la cittadinanza (punto 29).

Infatti, l'assenza di un esame individuale per coloro che presentano la domanda superato il limite di età sarebbe incompatibile con lo spirito e l'effetto utile dell'art. 20 TFUE. È necessario, pertanto, che le autorità nazionali possano esaminare le circostanze specifiche di ciascun caso e, eventualmente, consentire all'individuo di conservare la cittadinanza o di riacquistarla *ex tunc*. Questo esame deve essere possibile anche oltre il superamento del

limite di età da parte dell'individuo interessato, poiché la data in cui si decide la perdita della cittadinanza costituisce un elemento essenziale dei criteri legittimi fissati dallo Stato membro.

In aggiunta, la Corte non impone un termine rigido per la presentazione di una richiesta volta ad ottenere un esame individuale delle conseguenze della perdita della cittadinanza. Tuttavia, sottolinea che gli Stati membri possono stabilire limiti temporali ragionevoli, purché rispettino il principio di effettività e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione. Pertanto, il giudice del rinvio è chiamato ad effettuare tale esame o a garantire che venga eseguito dalle autorità competenti. Questa valutazione deve coinvolgere un'analisi della situazione individuale dell'interessato e della sua famiglia, con l'obiettivo di determinare se la perdita della cittadinanza nazionale, e quindi dello *status* di cittadino dell'Unione abbia conseguenze sproporzionate rispetto agli obiettivi perseguiti dal legislatore nazionale, in conformità con il diritto dell'Unione. La Corte enfatizza che tali conseguenze non possono essere ipotetiche o eventuali, ma concrete e dimostrate. In questa valutazione della Corte rileva la sentenza *Wiener Landesregierung*, soprattutto in virtù del fatto che essa rappresenta la prima occasione in cui la Corte, nel quadro di questa giurisprudenza, ha concluso per la non conformità di una normativa nazionale al principio di proporzionalità (G. FIENGO, *Test di proporzionalità e perdita della cittadinanza dell'Unione: l'ipotesi della revoca di una garanzia di naturalizzazione*, in questo Blog, 6 febbraio 2022); infatti, proprio in virtù delle rilevanti conseguenze sulla vita familiare e professionale del richiedente nel caso in questione, la Corte stabilisce in *Wiener Landesregierung* la mancanza di proporzionalità della decisione dello Stato membro di privare della cittadinanza, non ritenendola conforme agli illeciti commessi dal richiedente. Inoltre, è importante sottolineare come, in questa sentenza, la Corte ha condotto essa stessa il test di proporzionalità, al fine di fornire indicazioni precise alle autorità competenti (I. GAMBARDELLA, *JY v Wiener Landesregierung: Adding Another Stone to the Case Law Built Up by the CJEU on Nationality and EU Citizenship*, in *European Papers*, vol. 7, n. 1, 2022, European Forum, Insight of 20 July 2022, pp. 399-409).

Per quanto riguarda la data pertinente da considerare per l'esame, la Corte specifica che il criterio determinato dallo Stato membro interessato, in questo caso il compimento dei 22 anni, risulta legittimo. Tuttavia, la Corte respinge l'argomento secondo cui la possibilità di naturalizzazione offerta ai cittadini precedentemente privati della cittadinanza e dello *status* di cittadino dell'Unione compenserebbe adeguatamente la mancanza di un esame



individuale della proporzionalità. L'assenza di tale possibilità non può essere compensata dalla prospettiva di naturalizzazione, poiché ciò equivarrebbe a privare temporaneamente un individuo dei diritti conferiti dallo *status* di cittadino dell'Unione senza una possibilità di ripristino *ex tunc*, come anche indicato dall'Avvocato generale Szpunar (punto 95).

5. In conclusione, con la presente sentenza la Corte conferma, in linea di principio, la possibilità per gli Stati membri di subordinare il mantenimento della cittadinanza nazionale e dell'Unione alla sussistenza di un legame effettivo con lo Stato di nazionalità, purché la perdita della cittadinanza sia considerata in ragione di una serie di valutazioni, soprattutto nel caso in cui essa implichi anche la perdita di quella europea; quest'ultima rimane, secondo la Corte, lo *status* fondamentale di tutti i cittadini europei.

Infatti, pur ribadendo che le condizioni di acquisto e perdita della cittadinanza rientrano nella competenza degli Stati membri, il diritto dell'Unione ed in particolare il principio di proporzionalità vanno rispettati. La compatibilità con il diritto dell'Unione, pertanto, dipende dal rispetto di due condizioni. In primo luogo, la Corte afferma che l'articolo 20 TFUE, letto alla luce dell'articolo 7 della Carta, non osta alla normativa in esame purché sia offerta all'individuo interessato dal rischio di perdita della cittadinanza la possibilità di presentare una domanda di mantenimento o di acquisto retroattivo della stessa entro un termine definito ragionevole perché sia esaminata la proporzionalità delle conseguenze della perdita. In secondo luogo, tale termine deve protrarsi anche oltre l'età ritenuta limite, cioè nel caso danese i 22 anni di età, e può decorrere solo dopo che le autorità hanno informato l'individuo interessato della possibile perdita della cittadinanza e della possibilità di riacquisto della stessa. In mancanza di ciò, l'esame può essere effettuato incidentalmente in risposta a richieste di documenti che attestano la cittadinanza.

Questa sentenza, pertanto, si inserisce nella giurisprudenza consolidata ampliando di necessari contenuti l'esame di proporzionalità della perdita della cittadinanza. Infatti, la Corte continua ad operare sulla base di un approccio progressivo in questioni di importanza costituzionale, fra cui la cittadinanza dell'Unione (K. LENAERTS, *EU citizenship and the European Court of Justice's 'stone-by-stone' approach*, in *International Comparative Jurisprudence*, vol. 1, n. 1, 2015, pp. 1-10); per questo motivo, risulta particolarmente importante indagare non solo i "grands arrêts" ma anche le altre pronunce che li seguono o precedono poiché, come nel caso della sentenza *X*, la Corte le utilizza per arricchire la giurisprudenza di importanti contenuti. La sentenza analizzata nel presente contributo, infatti, si inserisce in perfetta continuità con le sentenze *Rottmann* e *Tjebbes e a.*, rispetto alle quali



chiarisce tre elementi funzionali al test di proporzionalità. In primo luogo, la Corte ribadisce che spetta alle “autorità nazionali competenti e ai giudici nazionali” (punto 38) operare l’azione di verifica di proporzionalità della perdita di cittadinanza rispetto alle conseguenze sulla situazione dell’interessato e non alla Corte che, in *Wiener Landesregierung*, aveva invece provveduto essa stessa ad operare tale test di proporzionalità. In secondo luogo, la Corte riprende quando dichiarato in *Tjebbes e a.* (punti 44 e 45) per chiarire il contenuto di siffatto test di proporzionalità. Quest’ultimo deve determinare se le conseguenze – non ipotetiche o eventuali ma concrete e dimostrate – della perdita di cittadinanza dell’interessato, qualora comporti anche la perdita della cittadinanza dell’Unione, incidano in modo sproporzionato rispetto all’obiettivo del legislatore nazionale sul normale sviluppo della “vita familiare e professionale” (sentenza X, punto 54); tale determinazione deve avvenire in conformità con l’articolo 7 della Carta (diritto al rispetto della vita familiare), letto in combinato disposto con l’articolo 24, paragrafo 2, della Carta (obbligo di tener conto dell’interesse superiore del minore), conformemente alla lettura fornita in *Tjebbes e a.* (punto 45) e *Wiener Landesregierung* (punto 61). In terzo luogo, la Corte si pronuncia circa la possibilità di riacquisto della cittadinanza mediante naturalizzazione, accogliendo in ciò la tesi dell’Avvocato generale *Szpunar* (punti 93 e 94); infatti, la mancanza di possibilità di ottenere un esame circa la proporzionalità delle conseguenze della perdita della cittadinanza che possa condurre ad un riacquisto *ex tunc* della stessa non può essere compensata dalla possibilità di naturalizzazione, a prescindere dalle condizioni di ottenimento di quest’ultima (punto 57).

**Abstract (ita)**

Nella causa C-689/21, la Corte di giustizia esamina la perdita ipso iure della cittadinanza danese al compimento dei 22 anni per chi è nato all'estero. La sentenza, in linea con la giurisprudenza consolidata in materia, conferma la possibilità per gli Stati membri di subordinare il mantenimento della cittadinanza nazionale alla sussistenza di un legame effettivo fra lo Stato di nazionalità e i suoi cittadini. Tuttavia, la revoca della cittadinanza nazionale, in particolare quando comporta anche la perdita della cittadinanza dell'Unione, deve essere soggetta ad un esame individuale della proporzionalità delle conseguenze della perdita, da svolgere considerandone gli effetti reali e dimostrati.

**Abstract (eng)**

In Case C-689/21, the Court of Justice examines the *ipso iure* loss of Danish nationality at the age of 22 for those born abroad. The judgement, in line with an established case-law, confirms the possibility for Member States to link the retention of national citizenship to the existence of a genuine link between the State of nationality and its nationals. However, the revocation of national citizenship, especially when it also entails the loss of citizenship of the Union, must be subject to an individual examination of the proportionality of the consequences of the loss, to be carried out by considering the real and demonstrated effects.

## L'OBBLIGO DI LEALE COOPERAZIONE TRA AUTORITÀ NAZIONALI GARANTI DELLA CONCORRENZA E AUTORITÀ DI CONTROLLO ISTITUITE DAL RGPD NELLA SENTENZA *META PLATFORMS E A.*

Martina Previatello (Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Trieste) – 10 febbraio 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso *Meta Platforms e a.*: i fatti di causa e i quesiti pregiudiziali relativi ai rapporti tra le autorità nazionali garanti della concorrenza e le autorità di controllo istituite dal regolamento generale sulla protezione dei dati. – 3. La sentenza della Corte: l'obbligo di cooperazione tra autorità. – 4. Le modalità della collaborazione: una valutazione d'insieme. – 5. Conclusioni.

1. Nel caso *Meta Platforms e a.*, del 4 luglio 2023, la Corte di giustizia ha chiarito se e a quali condizioni un'autorità nazionale garante della concorrenza può – nell'ambito di un procedimento che potrebbe condurre all'accertamento e alla sanzione di un abuso di posizione dominante – constatare che un trattamento di dati personali è stato effettuato senza rispettare quanto prescritto dal regolamento generale sulla protezione dei dati (in seguito anche: "RGPD" o "reg. 2016/679"; v. sentenza della Corte del 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms e a.*, su cui v. in dottrina P. MANZINI, *Antitrust e privacy: la strana coppia*, in *Quaderni AISDUE*, n. 10, 15 settembre 2023, p. 196 ss.; I. GRAEF, *The European Court of Justice in Meta Platforms leaves competition and data protection authorities with an assignment*, in *European Law Blog*, n. 30, 19 July 2023; I. GRAEF, *Meta platforms: How the CJEU leaves competition and data protection authorities with an assignment*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2023, p. 325 ss.; P. G. PICHT, *CJEU on Facebook: GDPR Processing Justifications and Application Competence*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, n. 16, 2023, p. 1169 ss.).

Si tratta di una pronuncia innovativa, che affronta questo tema per la prima volta. La giurisprudenza precedente si era, infatti, occupata del sistema di cooperazione tra le autorità istituite dal RGPD (v. sentenza della Corte del 15 giugno 2021, causa C645/19, *Facebook Ireland e a.*), ma non aveva preso in considerazione i rapporti tra quest'ultime e le autorità nazionali antitrust. In assenza di una disciplina specifica nei rilevanti atti di diritto derivato, la Corte ha desunto taluni obblighi di collaborazione e di coordinamento direttamente dal principio di leale collaborazione, previsto dall'art. 4, par. 3, TUE. Autorità amministrative, che hanno compiti distinti

e perseguono obiettivi diversi, devono cooperare tra loro al fine di garantire, da un lato, l'effettiva applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione e, dall'altro, la coerenza del sistema di protezione dei dati personali istituito dal RGPD (sul principio di leale cooperazione tra gli Stati membri v. P. DE PASQUALE, *Commento all'art. 4 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, spec. p. 28 ss.; M. KLAMERT, *Article 4 TEU*, in M. KELLERBAUER ET AL. (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights — A Commentary*, Oxford, 2019, p. 35 ss.; F. CASOLARI, *La leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020, p. 73 ss.).

Si tratta, inoltre, di una pronuncia particolarmente rilevante, che riguarda un contesto economico dominato dalle grandi piattaforme digitali. Queste raccolgono un'enorme quantità di dati degli utenti, che poi utilizzano per la loro attività commerciale.

Il presente contributo si propone di sottolineare le innovazioni introdotte dalla sentenza in commento rispetto al diritto vigente, nel quale manca una regolamentazione dei rapporti tra autorità privacy e autorità garanti della concorrenza. Inoltre, esso intende chiarire in che modo il principio di leale collaborazione incide sui rapporti tra queste autorità.

Per raggiungere tali obiettivi, il lavoro è strutturato come segue. Dopo la presente introduzione, si ricorderanno brevemente i fatti all'origine della controversia e i quesiti pregiudiziali posti dal giudice del rinvio, che riguardano i poteri delle autorità nazionali garanti della concorrenza in materia di protezione dei dati personali (par. 2). Seguirà un'analisi della sentenza, limitatamente a detti quesiti (par. 3), con un focus sulle modalità di cooperazione tra le diverse autorità coinvolte (par. 4). Saranno infine tratte le dovute conclusioni (par. 5).

**2.** La sentenza in commento trae origine da un rinvio pregiudiziale effettuato dal Tribunale di Düsseldorf, nell'ambito di una controversia che vedeva opposti Meta Platforms, Meta Platforms Ireland e Facebook Deutschland (in seguito: Meta/Facebook) all'autorità tedesca garante della concorrenza (in seguito anche: "Bundeskartellamt").

Il caso riguardava il trattamento, da parte di Meta/Facebook, dei c.d. dati *off* Facebook, vale a dire di quei dati relativi ad attività condotte dagli utenti fuori dal social network. Può trattarsi, da un lato, di dati che riguardano la consultazione di pagine Internet e di applicazioni di terzi, che sono collegate a Facebook attraverso interfacce di programmazione e, dall'altro, di dati riguardanti l'utilizzo degli altri servizi online offerti dal gruppo Meta, di

cui anche Facebook fa parte, tra i quali ad esempio Instagram o WhatsApp.

Tali dati *off* Facebook – insieme a quelli raccolti all'interno del social network e a quelli forniti all'atto dell'iscrizione al servizio – sono messi in relazione con l'account dell'utente per crearne un profilo dettagliato a fini commerciali. Com'è noto, infatti, Facebook nasce come un servizio offerto gratuitamente, che si finanzia tramite la pubblicità online. Questa è tanto più efficace e mirata quanto più è possibile conoscere nel dettaglio i comportamenti e gli interessi dell'utente-consumatore.

L'autorità tedesca garante della concorrenza ha considerato le condizioni generali concernenti il trattamento dei dati *off* Facebook contrarie al RGPD, in particolare, agli artt. 6, par. 1, lett. a), e 9, par. 2, lett. a), i quali richiedono il consenso dell'interessato al trattamento dei suoi dati personali per una o più finalità specifiche (sul punto v. S. DIENST, *Lawful processing of personal data in companies under the General Data Protection Regulation*, in T. KUGLER, D. RÜCKER (eds.), *New European General Data Protection Regulation: A Practitioner's Guide*, Baden-Baden, 2018, p. 49 ss.; W. KOTSCHY, *Article 6. Lawfulness of processing*, in C. KUNER, L. A. BYGRAVE, C. DOCKSEY (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Oxford, 2020, p. 321 ss.; B. QUINN, *Data Protection Implementation Guide: A Legal, Risk and Technology Framework for GDPR*, Alphen aan den Rijn, 2021, p. 59 ss.; G. M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, Milano, 2018, p. 63 ss.; C. DE TERWANGNE, K. ROSIER, *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, Bruxelles, 2018, p. 118 ss.). Il trattamento operato da Facebook è stato considerato illecito, in quanto le condizioni generali imposte agli utenti, da un lato, subordinavano l'uso del social network alla possibilità di trattamento di questi dati e, dall'altro, consentivano il trattamento in questione anche in mancanza di un valido e specifico consenso degli interessati. È importante sottolineare che, secondo il Bundeskartellamt, proprio l'illecito trattamento dei dati personali degli utenti iscritti al social network rappresentava un comportamento abusivo, ai sensi dell'art. 102 TFUE, e comportava quindi un abuso di posizione dominante vietato da questa disposizione (v. punto 31 della sentenza).

Contro la decisione dell'autorità tedesca garante della concorrenza, Meta/Facebook ha proposto ricorso davanti al Tribunale di Düsseldorf.

Quest'ultimo ha, tra le altre cose, considerato che la competenza a vigilare sull'osservanza del RGPD è attribuita ad autorità di controllo specificamente istituite.

Infatti, gli artt. 51 ss. del reg. 2016/679 disciplinano l'istituzione di au-

torità di controllo indipendenti in ogni Stato membro e affidano a queste autorità il compito di controllare che il RGPD sia correttamente applicato su tutto il territorio dell'Unione, dotandole di appositi poteri di indagine, correttivi e sanzionatori (v. art. 58, reg. 2016/679).

Di norma, ogni autorità di controllo è competente a sorvegliare la corretta attuazione del RGPD sul territorio del rispettivo Stato membro (v. art. 55, par. 1, del reg. 2016/679). Tuttavia, in caso di trattamento transfrontaliero di dati personali l'art. 56, par. 1, precisa che è competente l'autorità di controllo capofila, ossia l'autorità di controllo dello stabilimento principale o dello stabilimento unico del titolare del trattamento (ai sensi dell'art. 4, punto 23, del reg. 2016/679, un trattamento transfrontaliero può avere luogo qualora il titolare del trattamento sia stabilito in più Stati membri oppure qualora, pur essendo il titolare del trattamento stabilito in un solo Stato membro, esso svolga un trattamento di dati che incide in modo sostanziale su interessati in più di uno Stato membro; su questi aspetti v. P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, Cham, 2017, p. 189 ss.; M. MACCHIA, C. FIGLIOLA, *Autorità per la privacy e Comitato europeo nel quadro del General Data Protection Regulation*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2018, p. 423 ss.).

In considerazione delle specifiche competenze attribuite alle autorità istituite dal RGPD, il Tribunale di Düsseldorf si è, tra le altre cose, interrogato sulla sussistenza del potere di un'autorità nazionale garante della concorrenza di constatare una violazione del reg. 2016/679 nell'ambito di un procedimento antitrust, nonché sulla permanenza di detto potere nel caso in cui un'indagine sulla stessa condotta sia in corso innanzi all'autorità di controllo capofila nello Stato membro in cui si trova lo stabilimento principale del titolare del trattamento dei dati. Nel contesto di un rinvio pregiudiziale più ampio, tali quesiti sono stati sottoposti alla Corte giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE (v. primo e settimo quesito e punto 36 della sentenza).

3. La sentenza, nella parte che qui interessa, mette subito in chiaro che il giudice del rinvio ha chiesto, in sostanza, di colmare, in via giurisprudenziale, una lacuna normativa, in quanto il diritto derivato dell'Unione non disciplina in alcun modo la cooperazione tra le autorità nazionali garanti della concorrenza e le autorità di controllo istituite dal RGPD (v. punto 43 della sentenza).

Infatti, la regolamentazione vigente riguarda soltanto i rapporti tra le diverse autorità istituite dal reg. 2016/679. In particolare, risulta disciplinata la cooperazione tra le autorità nazionali di controllo interessate e l'autorità

di controllo capofila nonché, se del caso, la cooperazione di tali autorità con il comitato europeo per la protezione dei dati e la Commissione. La giurisprudenza precedente si è limitata a chiarire l'interpretazione delle disposizioni relative a queste forme di collaborazione espressamente previste, ma non disciplinate in modo dettagliato dal RGPD (v. sentenza *Facebook Ireland e a.*, cit.).

Svolta questa premessa, la Corte ha riconosciuto la competenza delle autorità nazionali antitrust a interpretare le disposizioni del RGPD al fine di constatare una violazione del diritto della concorrenza e, nella specie, un abuso di posizione dominante.

Anzitutto, la Corte ha sottolineato che nel reg. 2016/679 non vi è alcuna disposizione che escluda espressamente detta competenza (v. punto 43 della sentenza).

Inoltre, la Corte ha ricordato che le autorità di controllo istituite dal RGPD e le autorità antitrust esercitano compiti e perseguono obiettivi diversi (v. punto 44 ss. della sentenza). Da un lato, infatti, il RGPD assegna alle autorità di controllo il compito di vigilare sul rispetto di tale regolamento e di garantire che esso sia coerentemente applicato sul territorio dell'Unione, "al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei loro dati personali nonché di agevolare la libera circolazione di tali dati all'interno dell'Unione" (v. punto 45 della sentenza e art. 51, par. 1, del reg. 2016/679, cit.). Dall'altro, le autorità antitrust hanno il compito di assicurare che la concorrenza nel mercato interno non sia falsata da comportamenti anticoncorrenziali posti in essere dalle imprese; in particolare, le autorità nazionali garanti della concorrenza possono adottare, sulla base dell'art. 5 del reg. 1/2003, decisioni che constatano e sanzionano un abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 102 TFUE.

La Corte ha precisato che l'indagine che conduce l'autorità antitrust ad adottare una simile decisione deve tenere in considerazione tutti gli elementi rilevanti per valutare "sulla base di tutte le circostanze del caso di specie, se il comportamento dell'impresa in posizione dominante abbia l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, la conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza". Nei casi come quello in esame, ha precisato la Corte, va presa in considerazione anche l'esistenza di un comportamento contrario al RGPD da parte di una società operante sul mercato dei servizi digitali. Infatti, la violazione di questo regolamento può costituire un "importante indizio" per stabilire se la condotta di un'impresa che detiene una posizione dominante sul mercato



“costituisca un ricorso a mezzi su cui s’impenna la concorrenza normale nonché per valutare le conseguenze di una determinata pratica sul mercato o per i consumatori” (v. punto 47 della sentenza).

La Corte ha sottolineato che, in un mercato peculiare qual è quello digitale, la potenza commerciale delle imprese si esprime soprattutto attraverso l’accesso ai dati personali degli utenti e il loro trattamento. In effetti, come la Corte ha chiarito, l’accesso ai dati personali nonché il loro sfruttamento rivestono un’importanza fondamentale nell’ambito dell’economia digitale e sono diventati un parametro significativo della concorrenza fra imprese. Ciò vale in particolare nel caso delle società che gestiscono i social network, le quali traggono finanziamento e profitto dalla profilazione degli utenti allo scopo di proporre loro forme di pubblicità mirata a fini commerciali. Escludere in un caso del genere la competenza dell’autorità nazionale garante della concorrenza a valutare – nell’ambito di un’indagine volta a constatare un abuso di posizione dominante – la conformità di un trattamento dei dati al RGPD significherebbe pregiudicare l’effettiva applicazione del diritto antitrust sul territorio dell’Unione (v. punti 50-51 della sentenza).

La Corte di giustizia ha aggiunto che il riconoscimento di questo potere alle autorità nazionali garanti della concorrenza non comporta alcuna sostituzione di quest’ultime nelle competenze delle autorità di controllo istituite dal RGPD, in quanto le une e le altre agiscono, nell’ambito delle rispettive competenze, per raggiungere obiettivi distinti, che sono stabiliti, da un lato, dall’art. 102 TFUE e, dall’altro, dal RGPD (v. punto 49 della sentenza).

Ciò posto, la Corte di giustizia ha chiarito quali sono le modalità di esercizio e i limiti di questa competenza riconosciuta alle autorità antitrust (v. punto 52 ss. della sentenza).

La Corte ha stabilito che “nel caso in cui un’autorità nazionale garante della concorrenza ritenga necessario pronunciarsi, nell’ambito di una decisione relativa ad un abuso di posizione dominante, sulla conformità o sulla non conformità al RGPD di un trattamento di dati personali effettuato dall’impresa in questione, tale autorità e l’autorità di controllo interessata o, se del caso, l’autorità di controllo capofila competente ai sensi di tale regolamento devono cooperare tra loro” (v. punto 52 della sentenza).

Seguendo le indicazioni dell’Avvocato generale (v. punto 28 ss. delle conclusioni), la Corte ha sostenuto che autorità antitrust e autorità privacy devono collaborare tra loro, sottolineando che detto obbligo di cooperazione discende direttamente dal diritto primario e, in particolare, dal principio di leale cooperazione, di cui all’art. 4, par. 3, TUE, che include anche l’obbligo di leale cooperazione tra le autorità amministrative degli Stati membri (v. punto 53 della sentenza).

La Corte di giustizia ha desunto dal principio in questione obblighi piuttosto stringenti, soprattutto in capo alle autorità nazionali antitrust, ma anche, seppur in misura minore, a carico delle autorità di controllo istituite dal reg. 2016/679.

Per quanto riguarda le autorità nazionali garanti della concorrenza, la Corte ha stabilito che queste devono innanzitutto verificare se l'autorità nazionale di controllo competente, l'autorità di controllo capofila o la Corte di giustizia abbiano già pronunciato una decisione in merito al comportamento oggetto di indagine (o ad un comportamento simile).

In un'ipotesi del genere, l'autorità nazionale antitrust è tenuta ad attenersi a tale decisione, salva la possibilità di trarne le proprie conclusioni sotto il profilo dell'applicazione del diritto antitrust. Qualora essa “nutra dubbi sulla portata della valutazione effettuata dall'autorità nazionale di controllo competente o dall'autorità di controllo capofila [...] deve consultare tali autorità e chiederne la cooperazione, al fine di fugare i propri dubbi [...]” (v. punto 57 della sentenza).

Nel caso in cui, invece, non vi siano decisioni delle autorità privacy – perché un'indagine non è stata avviata o è ancora in corso – l'autorità antitrust è tenuta ad attivare la cooperazione con l'autorità nazionale di controllo competente o con l'autorità di controllo capofila, allo scopo di “determinare se si debba attendere l'adozione di una decisione da parte dell'autorità di controllo interessata prima di iniziare la propria valutazione” (v. punto 57 della sentenza).

Con riguardo poi alle autorità privacy, la Corte ha precisato che queste sono tenute, in forza dell'art. 4, par. 3, TUE, a rispondere alle richieste di informazioni e di cooperazione provenienti da autorità nazionali garanti della concorrenza. In particolare, nel caso in cui l'autorità antitrust nutra dubbi riguardo una decisione già emanata, l'autorità di controllo dovrà comunicare alla prima “le informazioni di cui dispone che possano consentire di fugare [tali] dubbi”. In caso di assenza di decisione, l'autorità di controllo deve informare l'autorità antitrust della volontà o meno di avviare un procedimento (v. punto 58 della sentenza).

Qualora l'autorità di controllo consultata dall'autorità nazionale antitrust non risponda entro un termine ragionevole, quest'ultima può proseguire la propria indagine. Lo stesso vale nel caso in cui l'autorità di controllo consultata non sollevi obiezioni “a che si prosegua tale indagine senza attendere l'adozione di una [sua] decisione” (v. punto 59 della sentenza).

4. La sentenza *Meta Platforms* ha riconosciuto alle autorità nazionali garanti della concorrenza il potere di accertare violazioni del RGPD nell'ambito di un'indagine volta a constatare un abuso di posizione dominante. Al tempo stesso, però, la pronuncia in esame ha sottolineato la centralità del ruolo delle autorità di controllo istituite dal reg. 2016/679.

In effetti, la sentenza in commento sottolinea la necessità di rispettare le decisioni adottate dalle autorità privacy. Nel caso in cui vi siano decisioni preesistenti rese da quest'ultime, le autorità nazionali antitrust sono tenute a conformarvisi. Qualora nutrano dubbi in merito a dette decisioni, devono interpellare l'autorità privacy, non potendo decidere autonomamente in maniera difforme.

Inoltre, il ruolo centrale dell'autorità privacy è preservato anche in assenza di una decisione. In tal caso, l'autorità antitrust deve comunque interpellare l'autorità di controllo, la quale può in tal modo valutare l'opportunità di avviare una propria indagine. A tal riguardo, è interessante sottolineare che questo adempimento imposto dalla Corte alle autorità nazionali garanti della concorrenza è coerente con quanto disposto dall'art. 57, par. 1, lett. h), del reg. 2016/679, il quale prevede che le autorità di controllo possono svolgere "indagini sull'applicazione" di detto regolamento "anche sulla base di informazioni ricevute da un'altra autorità di controllo o da un'altra autorità pubblica". L'obbligo delle autorità antitrust di interpellare preventivamente le autorità privacy pone quest'ultime in condizione di attivarsi per dare avvio a un procedimento ai sensi del RGPD.

La sentenza *Meta Platforms* ha chiarito che l'autorità nazionale garante della concorrenza può valutare autonomamente la conformità di un determinato trattamento dei dati con il reg. 2016/679 soltanto in due ipotesi: i) nel "caso in cui l'autorità nazionale di controllo competente e l'autorità di controllo capofila", previamente consultate, "non sollevino obiezioni a che si prosegua tale indagine senza attendere l'adozione di una loro decisione"; e ii) in "assenza di risposta da parte dell'autorità di controllo interpellata entro un termine ragionevole" (v. punto 59 della sentenza).

Una lettura d'insieme delle indicazioni della Corte consente di affermare la priorità dell'intervento delle autorità appositamente istituite dal reg. 2016/679: le decisioni di queste autorità devono essere rispettate dalle autorità garanti della concorrenza; quest'ultime devono previamente rivolgersi alle prime, se intendono pronunciarsi, ai fini dell'applicazione dell'art. 102 TFUE, sulla compatibilità di un trattamento dei dati con il regolamento citato; l'intervento autonomo delle autorità antitrust è riservato ai casi di assenza di obiezioni espresse o di mancata risposta entro un termine ragionevole.

L'esatta configurazione dei rapporti tra le autorità coinvolte richiede di sciogliere alcune questioni rilevanti, che la sentenza non ha affrontato.

Anzitutto, essa non specifica che cosa si debba intendere per "termine ragionevole" ai fini sopra indicati. Invero, non si tratta di una questione di poco conto, nella misura in cui la scadenza del termine comporta l'insorgere di un autonomo potere di valutazione in capo all'autorità antitrust.

Non è escluso che in futuro sia richiesto alla Corte di pronunciarsi su questo specifico aspetto. Fino ad allora, limitandosi ad un ragionamento per analogia, si potrebbe fare riferimento ai termini previsti dal RGPD per la cooperazione dell'autorità di controllo capofila con le altre autorità di controllo interessate. L'art. 56, par. 3, del reg. 2016/679 indica un termine di tre settimane entro cui l'autorità capofila deve comunicare, all'autorità di controllo interessata, se intende o meno trattare il caso secondo la procedura di cooperazione, di cui agli artt. 60 ss. Il termine di tre settimane potrebbe essere considerato ragionevole ed applicato anche nel contesto della collaborazione con le autorità nazionali garanti della concorrenza.

Inoltre, la pronuncia non considera l'ipotesi in cui l'autorità di controllo interpellata ritenga, all'esito di un sommario esame, di non aprire un'indagine, non ravvisando i presupposti per procedere in tal senso. Ci si potrebbe chiedere se, in un caso del genere, l'autorità antitrust possa valutare autonomamente la conformità del comportamento oggetto di indagine con il RGPD.

Una risposta affermativa potrebbe essere fornita argomentando che, in una simile ipotesi, non vi sarebbe una vera e propria decisione, resa dall'autorità privacy in esito ad un'indagine formale, in grado di vincolare l'autorità antitrust.

Tuttavia, la centralità del ruolo delle autorità privacy e il rilievo riconosciuto nella pronuncia in esame al principio di leale collaborazione conducono ad essere più cauti. In altre parole, l'esclusione, da parte dell'autorità di controllo istituita dal reg. 2016/679, dei presupposti necessari per iniziare un procedimento di accertamento dovrebbe vincolare l'autorità antitrust, la quale – in applicazione del principio di leale collaborazione – dovrebbe conformare la propria analisi a dette indicazioni, per quanto preliminari.

Tale interpretazione sembra garantire meglio l'uniforme applicazione del reg. 2016/679, escludendo "il rischio di divergenze" tra le diverse autorità in merito all'interpretazione del RGPD (in tal senso cfr. punto 55 della sentenza).

Inoltre, questa conclusione sembra confermata dalla considerazione, desumibile dalla sentenza (v. punti 38 e 45), per cui la competenza in materia di interpretazione e applicazione del reg. 2016/679 spetta, come regola ge-

nerale, alle autorità di controllo istituite dal RGPD e soltanto in via d'eccezione alle autorità nazionali antitrust. Infatti, è la sentenza stessa che, come detto poc'anzi, si preoccupa di precisare che l'autorità nazionale garante della concorrenza gode del potere di valutare autonomamente la conformità di un determinato trattamento dei dati con il RGPD unicamente nel caso in cui le autorità privacy non sollevino obiezioni e in caso di mancata risposta entro un termine ragionevole.

Se ne potrebbe dedurre, in linea con la regola secondo cui le eccezioni vanno interpretate restrittivamente, che in tutti gli altri casi non espressamente menzionati dalla Corte, l'autorità antitrust non possa decidere autonomamente sulla compatibilità o meno di un certo trattamento dei dati con il RGPD, dovendo invece attenersi a qualsiasi indicazione di merito dell'autorità privacy, sia essa resa in esito ad una vera e propria indagine, tramite una decisione, o al termine di un esame preliminare.

Ciò detto, è interessante notare che una simile ricostruzione dei rapporti tra le diverse autorità non rileva soltanto sul piano procedurale, ma presenta altresì implicazioni di carattere sostanziale (sul punto v. P. MANZINI, *op. cit.*, spec. p. 204 ss.; C. PERARO, *Quando la violazione della privacy costituisce un illecito antitrust: quali rimedi nell'ordinamento UE?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 3, 2023, p. 50 ss.). La sentenza valorizza infatti il legame tra violazioni della privacy e sussistenza di un abuso di posizione dominante. In particolare, la Corte ha precisato che “la conformità o non conformità [di un comportamento dell'impresa in posizione dominante] alle disposizioni del RGPD può costituire, se del caso, un importante indizio fra le circostanze rilevanti del caso di specie per stabilire se siffatto comportamento costituisca un ricorso a mezzi su cui s'impernia la concorrenza normale nonché per valutare le conseguenze di una determinata pratica sul mercato o per i consumatori” (v. punto 47 della sentenza, nonché punto 23 delle conclusioni).

Ne consegue che un'eventuale decisione dell'autorità privacy che constatasse la difformità di un comportamento tenuto da un'impresa in posizione dominante rispetto a quanto prescritto dal RGPD influenzerebbe in misura significativa le valutazioni svolte dall'autorità antitrust nell'ambito dell'indagine di sua competenza.

Ad ogni modo, il carattere vincolante della decisione dell'autorità privacy non predetermina l'esito del procedimento avviato per applicare l'art. 102 TFUE. La sentenza in commento precisa infatti che tale decisione, pur essendo vincolante per l'autorità antitrust, non impedisce a quest'ultima di trarne “le proprie conclusioni sotto il profilo dell'applicazione del diritto della concorrenza” (v. punto 56 della sentenza). Da questo passaggio sem-

bra potersi dedurre che, in alcuni casi, potrebbe anche non sussistere un rapporto tra violazioni del RGPD e violazioni del diritto della concorrenza. In altri termini, un determinato comportamento potrebbe essere al contempo illecito sotto il profilo del RGPD, ma non costituire una violazione del diritto della concorrenza, e viceversa (in tal senso v. anche punto 23 e nota 18 delle conclusioni).

5. Nella sentenza esaminata, la Corte di giustizia riconosce in capo alle autorità nazionali garanti della concorrenza il potere di constatare, nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante, la non conformità con il RGPD delle condizioni generali d'uso di un'impresa relative al trattamento dei dati personali, qualora tale constatazione sia funzionale all'accertamento dell'abuso.

Tuttavia, si tratta di un potere che subisce dei limiti rilevanti, in quanto esso dev'essere esercitato dalle autorità antitrust conformemente al principio di leale cooperazione, nel rispetto delle prerogative riconosciute alle autorità di controllo istituite dal reg. 2016/679.

In conclusione, è possibile affermare che la sentenza *Meta Platforms* riconosce a quest'ultime un ruolo centrale, in quanto autorità specificamente preposte a controllare l'applicazione del RGPD e ad assicurarne il rispetto. Le autorità antitrust sono vincolate dalle decisioni emesse da questi organi in relazione all'interpretazione del RGPD e, nel caso in cui questi non si siano ancora espressi, devono interrogarli prima di decidere circa una violazione dell'art. 102 TFUE connessa a un illecito trattamento dei dati personali.

Le valutazioni delle autorità privacy costituiscono un indizio significativo dell'esistenza di un abuso di posizione dominante, ma devono essere considerate alla luce di tutte le circostanze del caso di specie e non comprimono, quindi, del tutto l'autonomia decisionale delle autorità nazionali garanti della concorrenza.

### Abstract (ita)

Nella sentenza *Meta Platforms e a.*, del 4 luglio 2023, la Corte di giustizia riconosce in capo alle autorità nazionali garanti della concorrenza il potere di constatare, nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante, la non conformità con il RGPD delle condizioni generali d'uso di un'impresa relative al trattamento dei dati personali, qualora tale constatazione sia funzionale all'accertamento dell'abuso. In assenza di una disciplina specifica nei rilevanti atti di diritto derivato, la Corte ha desunto taluni obblighi di collaborazione e di coordinamento direttamente dal principio di leale collaborazione, previsto dall'art. 4, par. 3, TUE. Autorità amministrative, che hanno compiti distinti e perseguono obiettivi diversi, devono cooperare tra loro al fine di garantire, da un lato, l'effettiva applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione e, dall'altro, la coerenza del sistema di protezione dei dati personali istituito dal RGPD. Il contributo si propone di sottolineare le innovazioni introdotte dalla sentenza in commento rispetto al diritto vigente. Inoltre, esso intende chiarire in che modo il principio di leale collaborazione incide sui rapporti tra queste autorità, riservando un ruolo centrale alle autorità di controllo istituite dal reg. 2016/679, in quanto autorità specificamente preposte a controllarne l'applicazione e ad assicurarne il rispetto. Come si dirà, una simile ricostruzione non rileva soltanto sul piano procedurale, ma presenta altresì implicazioni di carattere sostanziale.

### Abstract (eng)

In the judgment *Meta Platforms e a.*, delivered on 4 July 2023, the Court of Justice of the European Union stated that national competition authorities can find, in the context of the examination of an abuse of a dominant position by an undertaking, that the latter's general terms of use relating to the processing of personal data and the implementation thereof are not consistent with the GDPR, where that finding is necessary to establish the existence of such an abuse. In absence of EU legislation concerning the issue, the Court clarified that the duty of cooperation between authorities stems directly from the duty of sincere cooperation, enshrined in Art. 4, para. 3, TEU. It follows from the foregoing that administrative authorities, endowed with different tasks and pursuing different objectives, must cooperate to ensure the effective application of EU competition law and, at the same time, the coherence of EU data protection legislation. The contribution aims at



highlighting the novelties introduced by the judgment, against the existing legal framework. Besides that, it purports to shed light on the way how the duty of sincere cooperation shapes the relationship between national authorities, emphasizing the central role played by national data protection supervisory authorities, charged with the control of the effective application of the GDPR. As will be explained, such a solution not only involves procedural aspects, but also has substantive implications.



SVILUPPI DELLO SCANDALO DIESELGATE IN MATERIA DI  
*NE BIS IN IDEM* E DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO: LA  
SENTENZA *VOLKSWAGEN GROUP ITALIA E VOLKSWAGEN  
AKTIENGESELLSCHAFT* DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Alessandro Rosanò (RTDA in Diritto dell'Unione europea, Università della Valle d'Aosta – Université de la Vallée d'Aoste) – 11 gennaio 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione: il Dieselgate e i fatti di causa. – 2. Cenni sulla giurisprudenza della Corte di giustizia (e della Corte EDU) in materia di *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio. – 3. Le conclusioni dell'Avvocato generale. – 4. La sentenza della Corte di giustizia. – 5. Considerazioni critiche. – 6. Conclusioni.

1. A partire dal 2015, il gruppo automobilistico Volkswagen si è dovuto confrontare sia in Europa, sia negli Stati Uniti d'America con l'accusa di avere inserito in veicoli da esso prodotti dispositivi nei quali era stato installato un software capace di stabilire quando i veicoli erano sottoposti a test relativi alle emissioni inquinanti, diminuendo appositamente il livello di tali emissioni. terminate le verifiche, il livello aumentava, superando i limiti autorizzati. A ciò andava ad aggiungersi il fatto che il gruppo aveva diffuso messaggi pubblicitari, nei quali si dichiarava che i veicoli Volkswagen erano conformi alle regole in materia di emissioni e che il gruppo era particolarmente sensibile alla questione (per una panoramica quanto alle molteplici implicazioni sul piano giuridico, M. FRIGESSI DI RATTALMA (ed.), *The Dieselgate. A Legal Perspective*, Cham, 2017).

Il tema ha assunto rilievo anche ai fini del diritto dell'Unione europea, visto *in primis* che i dispositivi di cui si è detto sono vietati dal regolamento (CE) n. 715/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2007 relativo all'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 5 ed Euro 6) e all'ottenimento di informazioni sulla riparazione e la manutenzione del veicolo. Diverse pronunce della Corte di giustizia si sono già registrate al riguardo (si vedano sentenze della Corte del 17 dicembre 2020, causa C-693/18, *CLCV e a.*; del 14 luglio 2022, C128/20, *GSMB Invest*; del 14 luglio 2022, causa C-134/20, *IR c. Volkswagen AG*; del 14 luglio 2022, causa C145/20, *Porsche Inter Auto e Volkswagen*).

A questo devono aggiungersi ulteriori profili di diritto dell'Unione, concernenti per esempio la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo

e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno. È proprio da essi che trae origine la sentenza del 14 settembre 2023, resa dalla Corte di Lussemburgo in causa C-27/22, *Volkswagen Group Italia e Volkswagen Aktiengesellschaft*, relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem* in un caso in cui sanzioni pecuniarie sono state inflitte sia in Italia, sia in Germania.

Come noto, la direttiva ora menzionata vieta quei comportamenti che sono contrari alle norme di diligenza professionale e che falsano o sono idonei a falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori. In forza di quanto stabilito dal codice del consumo (introdotto con il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, che ha recepito la direttiva), l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) italiana infliggeva a Volkswagen Group Italia SpA (VWGI) e a Volkswagen Aktiengesellschaft (VWAG) una sanzione di cinque milioni di euro per avere commercializzato in Italia veicoli diesel dotati dei sistemi di cui si è detto e per avere diffuso messaggi pubblicitari nei quali si affermava la conformità di tali veicoli ai criteri della normativa ambientale. VWGI e VWAG impugnavano la decisione dell'AGCM dinanzi al TAR Lazio ma, prima che tale organo potesse pronunciarsi, interveniva un provvedimento della procura di Braunschweig (Germania), con cui veniva comminata a VWAG una sanzione di un miliardo di euro per gli stessi fatti. Tale provvedimento non veniva impugnato e VWAG provvedeva al pagamento della somma dovuta.

In seguito, il TAR Lazio respingeva il ricorso di VWGI e VWAG, per quanto entrambe avessero fatto riferimento al provvedimento della procura di Braunschweig e al fatto che, in altri Stati membri, procedimenti avviati per i motivi sopra riassunti non fossero proseguiti, in quanto i comportamenti erano già stati puniti in Germania.

La sentenza del TAR veniva impugnata dinanzi al Consiglio di Stato, il quale poneva alla Corte di giustizia tre questioni pregiudiziali dirette a stabilire: i) se le sanzioni previste per le pratiche commerciali scorrette si configurano come sanzioni amministrative di natura penale; ii) se l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali osta a una normativa nazionale che consente di confermare e rendere definitiva una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona giuridica, per condotte illecite che integrano pratiche commerciali scorrette, per le quali nel frattempo è stata pronunciata una condanna penale definitiva in un altro Stato membro diverso, laddove la seconda condanna sia divenuta definitiva anteriormente al passaggio in giudicato dell'impugnativa giurisdizionale della prima sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale; e iii) se la disciplina in

materia di pratiche commerciali sleali può giustificare una deroga al *ne bis in idem*.

Al fine di chiarire gli aspetti di interesse, viene prima offerta una ricostruzione per cenni quanto ai principali sviluppi nella giurisprudenza di Lussemburgo (e, in parte, di Strasburgo) in tema di *ne bis in idem*, deroghe a tale diritto e doppio binario sanzionatorio (sezione 2), alla soluzione proposta dall'Avvocato generale (sezione 3) e a quella elaborata dalla Corte (sezione 4). In seguito, si offrono alcuni spunti di riflessione circa la coerenza del doppio binario sanzionatorio rispetto agli standard di tutela dell'Unione e la nozione di contenuto essenziale del diritto *ex art. 52* della Carta (sezione 5). Le conclusioni riassumono il ragionamento, richiamando un aspetto ormai negletto della giurisprudenza di Strasburgo (sezione 6).

2. Il *ne bis in idem*, canone di civiltà giuridica da tempo acquisito nelle esperienze di diritto interno, opera in maniera peculiare quale principio generale di diritto dell'Unione europea, affermato all'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (CAAS) e all'art. 50 della Carta. Esso è diretto ad assicurare che una persona non sia perseguita penalmente in uno Stato membro a causa di un reato per il quale è già stata assolta o condannata nell'Unione europea (sentenza della Corte del 29 aprile 2021, causa C-665/20 PPU, X, punto 51). Il principio in parola, dunque, si contraddistingue nell'ordinamento sovranazionale per una portata transfrontaliera che non si ravvisa negli ordinamenti nazionali e la cui giustificazione è stata ricondotta all'elevato livello di fiducia intercorrente tra gli Stati membri (sentenza della Corte del 28 ottobre 2022, causa C-435/22 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft München () e ne bis in idem*), punto 93).

Nel corso degli anni, il *ne bis in idem* transnazionale ha attirato particolarmente l'attenzione degli operatori del diritto per numerose ragioni (per una panoramica, tra le molteplici pubblicazioni in materia si vedano almeno C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 923 ss.; B. VAN BOCKEL (ed.), *Ne bis in idem in EU law*, Cambridge, 2016; 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 Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 289 ss.; B. NASCIMBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 maggio 2018).

Al riguardo, possono considerarsi le questioni aperte relative alle possibili limitazioni alle quali il *ne bis in idem* può essere assoggettato. Sul punto

rileva l'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali, che stabilisce che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta stessa devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di quei diritti e quelle libertà e che, conformemente al principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui (sull'approccio della Corte all'art. 52, par. 1, in relazione al *ne bis in idem*, L. NEUMANN, *Limitations of the Transnational ne bis in idem Principle in EU Law: Remarks on the ECJ's Diesel Scandal Volkswagen Case*, in *eu crim*, 2023, p. 99 ss.).

Con riferimento alla CAAS, la Corte ha affermato che il fatto che l'art. 54 subordini l'applicazione del principio alla condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita, integra una limitazione ai sensi dell'art. 52 della Carta. Tale limitazione è stata concepita per evitare che un soggetto che è stato giudicato con sentenza definitiva in uno Stato contraente non possa più essere perseguito per i medesimi fatti in un secondo Stato contraente, restando così impunito, nel caso in cui lo Stato membro di condanna non abbia provveduto a eseguire la pena inflitta (sentenza del 27 maggio 2014, causa C-129/14, *Spasic*, punti 55 e 58).

Anche in relazione all'art. 55, par. 1, lett. b), CAAS, che prevede che uno Stato contraente possa dichiarare al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della CAAS di non essere vincolato dall'art. 54 quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali, la Corte ha sostenuto che si tratta di una limitazione legittima. Essa mira infatti a salvaguardare un interesse primario riguardante le funzioni essenziali dello Stato e gli interessi fondamentali della società "mediante la prevenzione e la repressione delle attività tali da destabilizzare gravemente le strutture costituzionali, politiche, economiche o sociali fondamentali di un paese e, in particolare, da minacciare direttamente la società, la popolazione o lo Stato in quanto tale", nonché interessi che rivestono un'importanza analoga (sentenza del 23 marzo 2023, causa C-365/21, *Generalstaatsanwaltschaft Bamberg* (Exception au principe ne bis in idem), punto 47 ss.).

Di particolare interesse risultano le pronunce nelle quali la Corte di giustizia si è confrontata con il tema del doppio binario sanzionatorio, dunque dello svolgimento di procedimenti penali e amministrativi che potrebbero

condurre al cumulo di sanzioni penali e amministrative per uno stesso fatto. Già in *Åkerberg Fransson* i giudici di Lussemburgo giunsero a riconoscere che l'art. 50 della Carta non impedisce agli Stati membri di imporre una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali per la stessa violazione di obblighi dichiarativi in materia di imposta sul valore aggiunto, visto che essi godono di libertà di scelta quanto alle sanzioni applicabili (sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, punto 34; su quest'aspetto della sentenza, S. MONTALDO, *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il principio del ne bis in idem*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 574 ss.). Ciò però non vale nel caso in cui la sovrattassa abbia natura penale, il che deve essere appurato dai giudici nazionali sulla base dei cosiddetti criteri *Engel* elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza dell'8 giugno 1976, ricc. n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, *Engel e a. c. Paesi Bassi*, punto 82) e recepiti dalla Corte di giustizia a partire dalla pronuncia *Bonda* (sentenza della Corte del 5 giugno 2012, causa C-489/10, *Bonda*, 37), consistenti nella qualificazione giuridica dell'illecito secondo il diritto nazionale, nella natura dell'illecito e nella natura e nel grado di severità della sanzione.

Va in seguito ricordato l'apporto derivante dalla pronuncia *A e B c. Norvegia* della Corte EDU, nella quale è stato parimenti affrontato il tema del doppio binario sanzionatorio. Secondo la Corte di Strasburgo, posto che il modo migliore per garantire il rispetto del *ne bis in idem* sarebbe una *single-track procedure* che riunisca i procedimenti paralleli in uno unico, il cumulo di procedimenti e sanzioni è ammissibile quando i procedimenti sono sufficientemente e strettamente connessi sul piano sostanziale e temporale. A tal fine si tratta di stabilire se essi siano diretti a realizzare scopi complementari, attenendo dunque a profili diversi della stessa condotta, se la duplicazione dei procedimenti sia un esito prevedibile sul piano giuridico e fattuale derivante dalla medesima condotta, se i procedimenti sono impostati in maniera tale da evitare quanto più possibile una duplicazione circa la raccolta e la valutazione delle prove e se la sanzione che per prima diviene definitiva viene presa in considerazione ai fini del procedimento ancora in corso, così da non dare luogo a conseguenze sanzionatorie eccessive (sentenza del 15 novembre 2016, ricc. n. 24130/11 e 29758/11; per conferme successive si vedano, *ex multis*, sentenze dell'8 luglio 2019, ric. n. 54012/10, *Mihalache c. Romania*, e del 31 agosto 2021, ricorso n. 12951/18, *Guðmundur Kristjánsson c. Islanda*). Alla base di tale lettura pare esservi stata la deferenza nei confronti degli ordinamenti di quegli Stati parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che hanno tradizionalmente ammesso



il cumulo di procedimenti e sanzioni (conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona del 12 settembre 2017, causa C-524/15, *Menci*, punto 71), la quale ha condotto a un ridimensionamento del *ne bis in idem*, passato “da assoluto a, per così dire, “temperato”, in quanto scatta soltanto in assenza di una *sufficiently close connection* (stretta connessione temporale e sostanziale con il primo procedimento) e se la sanzione complessivamente irrogata non risulti proporzionata. Di talché, il principio, da regola eminentemente processuale che preclude in ogni caso il secondo procedimento e nulla afferma sul cumulo delle sanzioni, è diventato paradigma sostanziale diretto a preservare la proporzionalità della sanzione” (così P. DE PASQUALE, *Finale di partita per il principio del ne bis in idem? Breve nota alle sentenze bpost e Nordzucker e a.*, in questo *Blog*, 22 aprile 2022, p. 1).

Nel 2018, il tema è stato ampiamente approfondito nelle pronunce *Menci* (ove si richiama *A e B c. Norvegia*), *Garlsson Real Estate* e *Di Puma*. La Corte ha ammesso il cumulo di procedimenti e sanzioni, purché esso sia volto a un obiettivo di interesse generale tale da giustificarlo, come la lotta ai reati in materia di imposta sul valore aggiunto, fermo restando che i procedimenti e le sanzioni devono avere scopi complementari. Bisogna comunque garantire una coordinazione che limiti a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che risulta, per gli interessati, da un cumulo di procedimenti e assicurare che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato (sentenza della Corte del 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*). Tra gli obiettivi di interesse generale può rientrare anche la lotta contro le violazioni del divieto di manipolazioni del mercato, posto però che non è ammesso il doppio binario sanzionatorio se la sanzione amministrativa ha natura penale (sentenza del 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*). Con riferimento a tale aspetto, è stato chiarito che un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate e sulla base dei quali era stato parimenti avviato il procedimento non erano provati (sentenza del 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma*).

In seguito, altri profili sono stati affrontati dalla Corte, la quale ha sostenuto che il diritto dell'Unione osta a una normativa nazionale che, in caso di cumulo di una sanzione pecuniaria e di una pena detentiva, non garantisce con norme chiare e precise che l'insieme delle sanzioni inflitte non ecceda la gravità del reato accertato (sentenza del 5 maggio 2022, causa C-570/20,

*Direction départementale des finances publiques de la Haute-Savoie*). Al contrario, esso non osta a che una persona giuridica sia sanzionata con un'amenda per aver commesso un'infrazione al diritto della concorrenza anche se per gli stessi fatti è già stata oggetto di una decisione definitiva al termine di un procedimento relativo a una violazione di una normativa settoriale avente a oggetto la liberalizzazione del mercato interessato. Al riguardo, però, è necessario che norme chiare e precise permettano di prevedere quali atti e omissioni possano costituire l'oggetto di un cumulo di procedimenti e sanzioni e di realizzare il coordinamento tra le autorità competenti. Inoltre, i due procedimenti devono essere condotti in modo sufficientemente coordinato in un intervallo di tempo ravvicinato e l'insieme delle sanzioni imposte deve corrispondere alla gravità delle infrazioni commesse (sentenza della Corte del 22 marzo 2022, causa C-117/20, *bpost*, ove la Corte fa nuovamente riferimento a *A e B c. Norvegia*; per un commento a questa pronuncia e a sentenza del 22 marzo 2022, causa C-151/20, *Nordzucker e a.*, P. DE PASQUALE, *Uno, nessuno e centomila. I criteri di operatività del principio ne bis in idem*, in *rivista.eurojus.it*, 2022, p. 248 ss.).

3. Venendo alla causa in commento, circa la natura delle sanzioni, l'Avvocato generale richiama la giurisprudenza *Bonda* e, alla luce di questa, sottolinea che la sanzione inflitta nell'ordinamento italiano avrebbe natura repressiva, perché la sua finalità primaria non è quella di risarcire il danno subito da terzi a causa dell'illecito, ma sanzionare una condotta antigiusuridica, ed è irrilevante che essa presenti eventualmente anche un intento preventivo, diretto a dissuadere le imprese dal porre in essere pratiche commerciali scorrette. Posto questo e posto il carattere fortemente afflittivo della sanzione, per l'Avvocato generale non vi è dubbio che la sanzione amministrativa abbia natura penale, a prescindere dalla qualificazione datale dal diritto interno (conclusioni del 30 marzo 2023, punto 50 ss.).

Relativamente alla seconda questione pregiudiziale, l'Avvocato generale reputa che spetti al giudice nazionale stabilire se si sia in presenza di fatti identici o meramente analoghi (conclusioni *Volkswagen*, cit., punto 70 ss., in particolare punto 76).

Circa la terza questione, l'Avvocato generale recupera alcuni precedenti, tra i quali *Menci*, *bpost* e *Nordzucker* e ricorda le quattro condizioni previste dall'art. 52, par. 1, della Carta circa le limitazioni ai diritti fondamentali. Nel caso concreto, la condizione relativa alla previsione di legge è rispettata perché l'AGCM ha operato sulla base del codice del consumo e la procura di Braunschweig, basando la sua azione sulla legge tedesca sugli illeciti ammi-

nistrativi (conclusioni *Volkswagen*, cit., punti 82 e 83). Sul contenuto essenziale del *ne bis in idem*, non vengono svolte particolari considerazioni, dato che il Consiglio di Stato non sembra avere dubbi al riguardo (conclusioni *Volkswagen*, cit., punto 84). In relazione alla finalità di interesse generale, l'Avvocato generale afferma che la normativa tedesca e quella italiana perseguono obiettivi differenti. La legge sugli illeciti amministrativi mira, infatti, ad assicurare il rispetto di un obbligo di vigilanza nell'ambito delle attività imprenditoriali e, dunque, a permettere un buon funzionamento del mercato. Il codice del consumo intende garantire un livello elevato di protezione in favore dei consumatori. Si tratta comunque di finalità che si integrano e che rispondono a considerazioni di interesse generale (conclusioni *Volkswagen*, cit., punti 88 e 89). Infine, sul piano della proporzionalità, l'Avvocato generale si richiama alla giurisprudenza della Corte, che richiede: chiarezza e precisione delle norme che causano il cumulo di procedimenti e sanzioni, coordinamento delle procedure sanzionatorie che devono presentare un nesso materiale e temporale sufficientemente stretto, e garanzia che la severità del complesso delle sanzioni imposte corrisponda alla gravità dell'infrazione. Spetta al giudice svolgere una verifica al riguardo, posto che la Corte potrebbe dare un supporto interpretativo, per esempio, circa la severità della sanzione – dato il fatturato del gruppo Volkswagen e il vantaggio ottenuto – e il requisito del coordinamento, che solleverebbe difficoltà quanto al suo rispetto, nel caso in cui i procedimenti siano avviati e le sanzioni applicate da autorità di due Stati membri aventi competenze in settori diversi, per i quali il diritto dell'Unione non prevede meccanismi di coordinamento specifici (conclusioni *Volkswagen*, cit., punti 92-93, 97 e 110).

4. Da parte sua, la Corte di giustizia arriva alle medesime conclusioni dell'Avvocato generale circa la natura penale della sanzione dell'AGCM (sentenza *Volkswagen*, cit., punto 47 ss.).

Anche la Corte mette in evidenza che spetta al giudice del rinvio valutare se i procedimenti e le sanzioni riguardino gli stessi fatti e lo stesso illecito. Va però notato che la Corte fornisce alcune precisazioni, sottolineando che la negligenza nella supervisione delle attività di un'impresa in Germania è cosa diversa dalla commercializzazione in Italia di veicoli che presentano impianti vietati e dalla diffusione di messaggi pubblicitari (sentenza *Volkswagen*, cit., punti 71 e 72). Inoltre, “la mera circostanza che un'autorità di uno Stato membro menzioni, in una decisione che constata un'infrazione al diritto dell'Unione nonché alle corrispondenti disposizioni del diritto di tale Stato membro, un elemento di fatto che riguarda il territorio di un altro Sta-

to membro non può essere sufficiente per ritenere che tale elemento di fatto sia all'origine del procedimento o sia stato considerato da tale autorità tra gli elementi costitutivi di tale infrazione. Occorre ancora verificare se detta autorità si sia effettivamente pronunciata su detto elemento di fatto al fine di accertare l'infrazione, dimostrare la responsabilità della persona perseguita per tale infrazione e, se del caso, infliggerle una sanzione, di modo che detta infrazione debba essere considerata come estesa al territorio di tale altro Stato membro" (sentenza *Volkswagen*, cit., punto 73, ove si riprende quanto già affermato in sentenza *Nordzucker*, cit., punto 44).

Alla luce di tali chiarimenti, la Corte arriva a rispondere alla seconda questione pregiudiziale, sostenendo che il *ne bis in idem* osta a una normativa nazionale che consente il mantenimento di una sanzione pecuniaria di natura penale irrogata a una persona giuridica per pratiche commerciali sleali nel caso in cui essa abbia riportato una condanna penale per gli stessi fatti in un altro Stato membro, anche se la condanna è successiva alla data della decisione relativa alla sanzione pecuniaria, ancorché sia divenuta definitiva prima che la sentenza sul ricorso giurisdizionale proposto avverso tale decisione sia passata in giudicato (sentenza *Volkswagen*, cit., punto 77).

La terza questione riguarda le limitazioni all'applicazione del *ne bis in idem*. Circa il fatto che, nel caso in questione, la limitazione – e dunque l'intervento da parte delle autorità nazionali – sia prevista dalla legge, la Corte rimette la valutazione al giudice del rinvio, per quanto questo paia risultare dagli elementi del fascicolo (sentenza *Volkswagen*, cit., punto 89). Il requisito relativo al rispetto del contenuto essenziale dell'art. 50 della Carta è ritenuto integrato, purché le discipline nazionali non permettano di perseguire e sanzionare gli stessi fatti a titolo del medesimo reato o per realizzare lo stesso obiettivo, ma consentano il cumulo ai sensi di normative diverse (sentenza *Volkswagen*, cit., punto 90). Relativamente all'obiettivo di interesse generale, la Corte fa proprio il ragionamento dell'Avvocato generale sulle diverse ma comunque ammissibili finalità perseguite dalla legge tedesca e dal codice del consumo (sentenza *Volkswagen*, cit., punto 92). In merito al principio di proporzionalità, "le autorità pubbliche possono legittimamente optare per risposte giuridiche complementari a fronte di determinati comportamenti nocivi per la società mediante diversi procedimenti, che formino un insieme coerente, in modo da trattare sotto i suoi diversi aspetti il problema sociale in questione, purché tali risposte giuridiche combinate non rappresentino un onere eccessivo per la persona" (sentenza *Volkswagen*, cit., punto 94).

Con riferimento al profilo della proporzionalità viene confermata l'impostazione già emersa in *Menci* secondo cui devono essere soddisfatte tre

condizioni: i) che il cumulo non rappresenti un onere eccessivo per l'interessato; ii) che esistano norme chiare e precise tali da permettere di prevedere quali atti e omissioni possano essere oggetto di cumulo; e iii) che i procedimenti siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato e ravvicinato nel tempo (sentenza *Volkswagen*, cit., punto 96).

Relativamente alla prima condizione, la Corte non reputa sussistente un onere eccessivo, visto che VWAG ha accettato la sanzione di un miliardo di euro imposta dalla procura di Braunschweig e la sanzione italiana corrisponde ad appena lo 0,5% di quella. Sulla seconda, la Corte si limita a rilevare che nulla permette di escludere che VWAG non potesse prevedere che la sua condotta avrebbe dato luogo a procedimenti e sanzioni in più Stati, posto che la chiarezza e la precisione delle norme non sono state messe in discussione. Quanto alla terza condizione, non ha avuto luogo una forma di coordinamento tra la procura di Braunschweig e l'AGCM, anche se la procura era a conoscenza della decisione adottata dall'AGCM, nel momento in cui ha a sua volta inflitto una sanzione (sentenza *Volkswagen*, cit., punti 97-99).

Proprio per quel che concerne il coordinamento, la Corte evidenzia che esso può essere difficile da realizzare e che però può essere organizzato dal diritto dell'Unione europea, per esempio, con riferimento alle pratiche commerciali sleali, sulla base del regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori (sentenza *Volkswagen*, cit., punti 103-104).

5. L'esito a cui conduce l'approccio delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di doppio binario sanzionatorio pare paradossale: il *ne bis in idem* finisce per operare come principio che facilita la possibilità di giudicare e punire due volte, e non che limita questa eventualità.

Sembra esserne convinto anche l'Avvocato generale Sánchez-Bordona, almeno con riferimento al profilo del coordinamento tra i procedimenti, considerato ciò che afferma al riguardo: "I meccanismi di coordinamento istituiti dal diritto dell'Unione mirano a favorire il divieto di violazione del principio del «ne bis in idem», vale a dire evitare che una stessa persona sia giudicata o sanzionata penalmente due volte per gli stessi fatti; al contrario, la giurisprudenza della Corte applica il criterio del coordinamento delle procedure sanzionatorie, che devono presentare un nesso materiale e temporale sufficientemente stretto, al fine di consentire l'applicazione di eccezioni all'esercizio del diritto fondamentale tutelato dall'articolo 50 della Carta" (conclusioni *Volkswagen*, cit., punto 111).

Probabilmente, anche la Corte di giustizia ha cominciato ad avvertire le difficoltà che discendono dall'applicazione della sua giurisprudenza sul doppio binario sanzionatorio. Si ritiene possa essere interpretato in questo senso il passaggio della sentenza in commento, sopra ricordato, in cui la Corte identifica una differenza tra la condotta sanzionata in Germania (negligenza nella supervisione delle attività di un'impresa) e quelle punite in Italia (commercializzazione di veicoli che presentano impianti vietati e diffusione di messaggi pubblicitari).

Può altresì ricordarsi, come già fatto *supra*, che sia in *Volkswagen Group Italia SpA e Volkswagen Aktiengesellschaft*, sia in precedenza in *Nordzucker*, i giudici di Lussemburgo hanno posto in evidenza che non basta che l'autorità di uno Stato membro richiami un elemento di fatto concernente il territorio di un altro Stato membro per concludere che esso si colloca all'origine del procedimento o sia stato considerato tra gli elementi costitutivi dell'infrazione e che bisogna verificare se l'autorità competente si sia effettivamente pronunciata su quell'elemento di fatto. Dunque, il requisito dell'*idem* può – e, si ritiene, deve – porsi quale limite rispetto al doppio binario sanzionatorio (sul punto, T. WAHL, *Art. 50 of the Charter Protects Volkswagen from Further Administrative Penalties in Italy*, in *eucri*, 15 November 2023).

Un ulteriore profilo che merita di essere messo in luce attiene a uno dei requisiti che devono essere considerati al fine di introdurre limitazioni ai diritti previsti dalla Carta: quello del rispetto del contenuto essenziale dei diritti. La sentenza *Volkswagen Group Italia SpA e Volkswagen Aktiengesellschaft* – come anche i precedenti *Menci*, *Garlsson Real Estate*, *bpost* e *Direction départementale des finances publiques de la Haute-Savoie* – non offre particolari spiegazioni sotto questo punto di vista, in quanto non viene mai chiarito in cosa consista tale contenuto essenziale in relazione al *ne bis in idem*.

In passato, era emersa la posizione secondo la quale il *ne bis in idem* nel contesto dell'Unione europea, andando oltre i casi esclusivamente interni ed estendendosi anche a fattispecie transfrontaliere, “favorisce la libera circolazione dei cittadini dell'Unione e l'obiettivo di una circolazione delle merci nel mercato interno europeo il più possibile priva di ostacoli” (conclusioni dell'Avvocato generale Kokott dell'8 settembre 2011, *Toshiba Corporation e a.*, causa C-17/10, punto 100). Stando a una lettura dottrinale più recente, fondata *inter alia* sul rilievo dato dalla Corte di giustizia ai meccanismi di coordinamento tra i procedimenti, esso dovrebbe essere identificato nell'esigenza “to avoid over-punishment” (P. VAN CLEYNENBREUGEL, *BPost and Nordzucker: Searching for the Essence of Ne Bis in Idem in European Union*



*Law*, in *European Constitutional Law Review*, 2022, p. 372). Questa impostazione sembra trovare conforto in alcune sentenze rese negli ultimi anni. Può pensarsi alla pronuncia con cui la Corte di giustizia ha riconosciuto che la garanzia derivante dal *ne bis in idem* vale anche per il caso di una persona interessata da un avviso rosso dell'Interpol, pubblicato su richiesta di uno Stato terzo, se quella persona è già stata giudicata in via definitiva in uno Stato membro (o in uno Stato parte della CAAS) per gli stessi fatti su cui si basa l'avviso rosso (sentenza della Corte del 12 maggio 2021, causa C-505/19, *Bundesrepublik Deutschland* (Notice rouge d'Interpol)). Ulteriormente, può considerarsi che, secondo la Corte, l'art. 54 CAAS osta all'extradizione, da parte di uno Stato membro, di un cittadino di uno Stato terzo verso un altro Stato terzo qualora egli sia stato condannato in via definitiva in un altro Stato membro per i medesimi fatti oggetto della richiesta di estradizione, abbia scontato la pena e la richiesta di estradizione si fondi su un trattato bilaterale di estradizione che limita la portata del principio del *ne bis in idem* alle sentenze pronunciate nello Stato membro richiesto (sentenza della Corte del 28 ottobre 2022, causa C-435/22 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft München* () e *ne bis in idem*)).

È evidente che il collegamento con la libera circolazione dei cittadini non ha particolare importanza in queste fattispecie. Si ritiene, in ogni caso, che un intervento chiarificatore della Corte sia necessario.

6. La sentenza *Volkswagen Group Italia SpA e Volkswagen Aktiengesellschaft* conferma la centralità assunta dal tema del doppio binario sanzionatorio e le evidenti difficoltà che esso pone rispetto alla sua coerenza con l'idea stessa di *ne bis in idem*. Infatti, la soluzione proposta dalla Corte di giustizia sembra rendere più facile giudicare e punire due volte per lo stesso fatto, che non il contrario, con la conseguenza che la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo – ma anche quella della Corte di Strasburgo – suona come una sconsolata presa d'atto della realtà di quegli ordinamenti statali in cui il doppio binario è praticato, anziché una riaffermazione del ruolo della tutela dei diritti fondamentali nel sistema dell'Unione.

Al riguardo, andrebbe ricordato, come fatto in precedenza, che nella sentenza *A e B c. Norvegia* la Corte EDU aveva affermato che “the surest manner of ensuring compliance with Article 4 of Protocol No. 7 is the provision, at some appropriate stage, of a single-track procedure enabling the parallel strands of legal regulation of the activity concerned to be brought together, so that the different needs of society in responding to the offence can be addressed within the framework of a single process” (sentenza *A e B*



*c. Norvegia*, punto 130). Da questo dato – purtroppo scomparso dalla giurisprudenza di Strasburgo (successivamente, si ravvisa un riferimento solo in sentenza del 18 maggio 2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, ric. n. 22007/11, punto 49) e all'apparenza non presente in quella di Lussemburgo – bisognerebbe ripartire per sollecitare gli Stati membri a riformare le loro normative, piuttosto che abbassare gli standard di tutela dei diritti.

### **Abstract (ita)**

La sentenza della Corte del 14 settembre 2023, *Volkswagen Group Italia e Volkswagen Aktiengesellschaft*, concerne l'applicazione del principio del *ne bis in idem* con riguardo al c.d. scandalo Dieseldate, vicenda che ha interessato il gruppo Volkswagen, soggetto a sanzioni sia in Italia che in Germania. Nel commento in oggetto, la questione della duplicazione dei procedimenti e delle relative sanzioni, nonché la sua coerenza con il suddetto principio, viene affrontata alla luce della sentenza del 14 settembre, nonché della giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

### **Abstract (eng)**

The *Volkswagen Group Italia and Volkswagen Aktiengesellschaft* judgment of 14 September 2023, handed down by the Court of Justice, concerns the application of the *ne bis in idem* principle in a case where fines against the Volkswagen group had been issued in both Italy and Germany in relation to the so-called Dieseldate scandal. In the case note, the issue of the duplication of proceedings and penalties and its consistency with the above-mentioned principle is tackled in the light of the Court's judgment and the case law of the Court of Justice and the European Court of Human Rights.

PER UNA SOLUZIONE DELLA CONTROVERSIA TERRITORIALE  
TRA ITALIA E FRANCIA RELATIVA ALLA VETTA DEL MONTE BIANCO:  
IL DUPLICE CONTRIBUTO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA\*

Michele Vellano (Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Torino) e Lorenzo Grossio (Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università di Torino)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La via di composizione giurisdizionale: i presupposti per una devoluzione della controversia alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 273 TFUE. – 3. I limiti alla possibilità di rifiuto di un'offerta di compromesso: una lettura dell'art. 273 TFUE alla luce del principio di leale cooperazione. – 4. Gli strumenti per rafforzare la cooperazione transfrontaliera e valorizzare l'identità europea del Monte Bianco. – 5. Conclusioni.

1. A fronte di più di sette decenni di avanzamento del processo di integrazione europea, la sussistenza di rivendicazioni territoriali tra Stati membri potrebbe apparire uno scenario irrealistico, o quantomeno anacronistico. Ciononostante, la prassi recente offre alcuni rilevanti esempi del permanere di siffatte controversie. Tra questi, i più significativi sono senz'altro la controversia che coinvolge Slovenia e Croazia riguardo alla delimitazione del rispettivo mare territoriale e la disputa tra Italia e Francia relativa alla sovranità territoriale sulla vetta del Monte Bianco.

La disputa tra Italia e Francia costituisce il caso di studio su cui vertono le riflessioni offerte nel presente scritto, intese a dimostrare la rilevanza del diritto dell'Unione nell'ambito di controversie di tale natura. Come noto, la questione verte sul passaggio del confine tra l'Italia e la Francia nell'area del massiccio del Monte Bianco. Se il governo italiano ritiene che il confine coincida con la linea di dislivello, intersecando così la vetta nel suo punto sommitale, la controparte francese sostiene che esso si posizioni in corrispondenza del c.d. Monte Bianco di Courmayeur, ritenendo, dunque, che l'area della vetta sia interamente ricompresa nel proprio territorio. Pur senza entrare nelle specificità storico-giuridiche della controversia (v. M. TRAVERSO, con la collaborazione di B. BERTHIER, *La sistemazione dei confini tra Italia e Francia dal punto di vista storico*, in R. LOUVIN, M. VELLANO (a cura di), *Monte Bianco – La montagna senza confini*, Milano, 2024, p. 3 ss.), appare opportuno segnalare come le sue origini siano particolarmente risalenti. Infatti, la contrapposizione tra l'Italia e la Francia va ricondotta alla divergente ricostruzione tanto dei fatti, quanto del rilevante quadro di diritto internazionale

vigente a seguito della cessione di Nizza e della Savoia da parte del Regno di Sardegna a favore dell'Impero francese. In particolare, le posizioni dei due Stati membri divergono sulla conformità e sull'interpretazione della carta geografica allegata alla Convenzione di delimitazione dei confini del 1861 (*Convention de délimitation signée à Turin, le 7 mars 1861, entre la France et la Sardaigne*, in *Recueil des traités de la France*, VIII, Paris, 1880, p. 185 ss.) e perfezionata nel 1862 a seguito dell'apposizione dei cippi confinari (*Procès-verbal n° 2 d'abornement de la frontière entre la France et l'Italie, dressé à Turin le 26 septembre 1862, d'après la convention signée à Turin le 7 mars 1861 par les plénipotentiaires des deux pays et ratifiée par les deux gouvernements*, in *Recueil des traités de la France*, XV supplément, Paris, 1888, p. 465 ss.), il cui unico originale esistente è oggi conservato presso l'Archivio di Stato di Torino.

Le argomentazioni dei due Stati contendenti sono naturalmente fondate su istituti di diritto internazionale (per una ricostruzione dei profili di diritto internazionale della disputa in esame, v. G. MINERVINI, G. LE FLOCH, *Il tracciamento del confine sul Monte Bianco: profili attuali di diritto internazionale dal versante italiano e da quello francese*, in R. LOUVIN, M. VELLANO (a cura di), *op. cit.*, p. 27 ss.). Tuttavia, nell'ambito di una controversia territoriale che coinvolge due Stati membri come quella relativa al Monte Bianco, può il diritto dell'Unione offrire un contributo alla sua soluzione? La recente sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia, nell'ambito della disputa sulla delimitazione del mare territoriale tra Slovenia e Croazia sembrerebbe, a prima vista, deporre in senso contrario (sentenza della Corte del 31 gennaio 2020, causa C-457/18 *Slovenia/Croazia*). La sentenza origina da un ricorso per infrazione presentato dalla Slovenia nei confronti della Croazia, avente ad oggetto l'asserita violazione del principio di leale cooperazione a causa della pretesa dello Stato resistente di non dare attuazione ad un lodo arbitrale emesso al fine di comporre la disputa. In tale occasione, la Corte di Giustizia ha negato la sussistenza della propria giurisdizione rispetto al caso sottoposto e, perciò, respinto il ricorso della Slovenia (per un'analisi della sentenza, *ex multis*, v. E. CANNIZZARO, *Inter-Member State international law in the EU legal order: some thoughts on Slovenia v. Croatia*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 1473 ss; F. CASOLARI, *Il (possibile) ruolo del diritto dell'Unione europea nella soluzione delle controversie tra Stati membri: alcune considerazioni sistemiche a partire dal caso Slovenia c. Croazia*, in O. PORCHIA, M. VELLANO (a cura di), *Il diritto internazionale per la pace e nella guerra: liber amicorum in onore di Edoardo Greppi*, Napoli, 2023; L. LONARDO, *Republic of Slovenia v Republic of Croatia (C-457/18): "Am I My Brother's Keeper?" International Agreements by Member States and the Lim-*

*its of the European Court of Justice's Jurisdiction*, in *European Law Review*, 2021, p. 105 ss.; E. KASSOTI, *Between a Rock and a Hard Place: The Court of Justice's Judgment in Case Slovenia v. Croatia*, in *europeanpapers.eu*, 2021, p. 1061 ss.; E. PAGANO, *Sulla rilevanza dei trattati stipulati dagli Stati membri nel diritto dell'Unione. Considerazioni a margine della sentenza della Corte di giustizia nel caso Slovenia c. Croazia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2020, p. 647 ss).

La sentenza poc'anzi richiamata ha avuto una ricaduta indiretta sulla controversia relativa al Monte Bianco. Infatti, la pronuncia è stata evocata dalla Commissione europea, in risposta ad una interrogazione parlamentare relativa alle potenziali iniziative della Commissione per la soluzione della disputa tra Italia e Francia, per sostenere l'incompetenza dell'Unione nell'ambito di controversie territoriali tra Stati membri. Nell'argomentare tale posizione, la Commissione fa riferimento al punto 105 della sentenza *Slovenia/Croazia*, dove si legge che l'esclusiva competenza nazionale circa la definizione dei confini territoriali degli Stati membri in conformità al diritto internazionale.

Nonostante la posizione espressa dalla Commissione, il presente contributo mostrerà come l'ordinamento dell'Unione europea non sia affatto estraneo rispetto alla composizione di una controversia territoriale tra Stati membri come quella relativa alla vetta del Monte Bianco. In particolare, lo scritto intende dimostrare come il diritto dell'Unione offra, sul piano procedurale, una via giurisdizionale per la composizione di simili controversie mediante la loro devoluzione alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 273 TFUE. Sul piano sostanziale, ferma restando la necessità di una chiara definizione del confine nell'area della vetta, alcuni strumenti previsti dal diritto derivato – quali il ricorso al Gruppo europeo di cooperazione territoriale e la potenziale attribuzione del Marchio del patrimonio europeo – potrebbero rafforzare la cooperazione tra gli Stati coinvolti nella gestione di tale territorio e la valorizzazione di quest'ultimo come patrimonio comune, evitando così le iniziative unilaterali da parte francese e italiana che hanno caratterizzato gli anni recenti.

2. L'art. 273 TFUE abilita gli Stati membri a investire il giudice dell'Unione della soluzione di qualsiasi disputa “in connessione con l'oggetto dei trattati” che li veda contrapposti (per un inquadramento della portata dell'articolo in esame, v. L. MAZZARINI, *Art. 273*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 2153 ss.). Tale disposizione è stata richiamata in via incidentale nella sentenza *Slovenia/Croazia* quale mezzo affinché gli

Stati coinvolti nella disputa addivengano ad una “soluzione giuridica definitiva conforme al diritto internazionale” (punto 109). Tuttavia, la sentenza non offre argomentazioni a sostegno della circostanza che una disputa territoriale tra Stati membri sia connessa “con l’oggetto dei Trattati”. Peraltro, in senso contrario si era pronunciato in precedenza l’Avvocato generale Mengozzi nelle sue conclusioni del 27 aprile 2017, causa C-648/15, *Austria/Germania*, punto 44.

Il formante giurisprudenziale relativo all’applicazione dell’art. 273 TFUE non appare particolarmente esteso. Alla data in cui si scrive, la giurisdizione della Corte, ai sensi di tale disposizione in esame, è stata invocata in una sola occasione, con riguardo ad una controversia sull’interpretazione di una convenzione tra Austria e Germania per la prevenzione della doppia imposizione (sentenza della Corte del 12 settembre 2017, causa C-648/15 *Austria c. Germania*). In precedenza, la Corte ha avuto occasione di pronunciarsi sull’interpretazione dell’art. 273 TFUE nella nota sentenza della Corte del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, con riguardo alla clausola giurisdizionale contenuta nel Trattato MES, la quale si fonda sul meccanismo di devoluzione previsto dall’art. 273 TFUE. Oltre a tali due pronunce, la disposizione richiamata è stata talvolta brevemente menzionata quale strumento volto ad estendere la giurisdizione della Corte oltre i limiti dell’art. 263 TFUE, con particolare riguardo al sindacato su atti adottati dagli Stati membri al di fuori dalle forme previste dai Trattati (v. conclusioni dell’Avvocato generale Wathelet, del 21 aprile 2016, cause riunite da C-105/15 P a C-109/15 P, *Mallis e Malli c. Commissione e BCE*, punto 83). Nonostante lo scarso numero di pronunce rilevanti, la giurisprudenza offre una ricostruzione piuttosto chiara dei presupposti applicativi dell’art. 273 TFUE. In particolare, la Corte ha chiarito che tre requisiti discendono dalla disposizione in questione: l’esistenza di una controversia tra Stati membri (*Austria c. Germania*, sopra citata, punto 20), la connessione di quest’ultima con l’oggetto dei Trattati (punto 22), e la sussistenza di un compromesso tra le Parti coinvolte (punto 27).

Nel caso della controversia tra Italia e Francia, il primo e il terzo requisito non destano particolari problemi interpretativi. Il secondo requisito – la sussistenza di un vincolo di connessione tra la controversia e l’oggetto dei Trattati – costituisce invece il profilo più problematico. A tal riguardo, appare opportuno interrogarsi in prima battuta sul significato della locuzione “in connessione con l’oggetto dei Trattati”, per poi valutare se una disputa territoriale come quella relativa al Monte Bianco possa soddisfare tali requisiti. Da un punto di vista sistematico, la dottrina ha chiarito che il vincolo di connessione previsto dall’art. 273 TFUE non può essere inteso come coinci-

dente con il concetto di disputa “relativa all’interpretazione o all’applicazione dei trattati” ai sensi dell’art. 344 TFUE. Infatti, quest’ultima disposizione implica un’identità tra l’oggetto della controversia e l’oggetto dei Trattati, tale per cui la controversia dovrebbe trovare composizione in via esclusiva dinanzi alla Corte di Giustizia per il tramite dell’art. 259 TFUE (v. G. BUTLER, *The Court of Justice as an inter-state court*, in *Yearbook of European Law*, 2017, p. 193). Di converso, l’art. 273 TFUE istituisce una giurisdizione di natura facoltativa (v. J. T. NOWAK, *Dispute Resolution Among Member States at the Court of Justice on the Basis of Article 273 TFEU: A Comment on C-648/15 Austria v Germany*, in *Yearbook on Procedural Law of the Court of Justice of the European Union*, 2020, pp. 117 e 118), sussistente in presenza di una “connessione” con l’oggetto dei Trattati. Proprio la maggiore ampiezza del vincolo previsto dall’art. 273 TFUE, rispetto a quello previsto dall’art. 344 TFUE, permetterebbe di estendere la giurisdizione della Corte a controversie che non vertono (o quantomeno non esclusivamente) sull’interpretazione e applicazione del diritto dell’Unione europea (conclusioni dell’Avvocato generale Mengozzi, *Austria c. Germania*, sopra citate, punto 42). Seppur meno intenso rispetto ad una relazione di identità, il vincolo di connessione deve comunque caratterizzarsi per un’oggettiva individuabilità (*Austria c. Germania*, sopra citata, punto 25).

Quest’ultimo presupposto è senz’altro soddisfatto qualora la fattispecie oggetto della controversia – pur non rientrando totalmente nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione – coinvolga alcuni profili relativi alla sua interpretazione e applicazione (v. *Pringle*, sopra citata, punto 174). Allo stesso modo, rientra nel vincolo di connessione una controversia tra Stati membri relativa all’interpretazione e applicazione di uno strumento che persegue un obiettivo, quale la prevenzione della doppia imposizione (v. *Austria c. Germania*, sopra citata, punto 26), che favorisce il buon funzionamento del mercato interno e l’esercizio delle sue libertà fondamentali (conclusioni dell’Avvocato generale Mengozzi, *Austria c. Germania*, sopra citate, punto 51). È possibile, dunque, ritenere che una relazione di incidenza della fattispecie oggetto della controversia sul funzionamento del mercato interno dell’Unione sia sufficiente a soddisfare il requisito di connessione con l’oggetto dei Trattati previsto dall’art. 273 TFUE.

Posta tale premessa, la sussistenza di una connessione tra la controversia relativa alla vetta del Monte Bianco e l’oggetto dei Trattati emerge con una certa evidenza. Infatti, l’incertezza circa il posizionamento del confine ha più volte determinato un’espansione dell’ambito di applicazione territoriale di misure nazionali – adottate il più delle volte dalle autorità locali – alla zona



contesa, tale da porre ostacoli all'esercizio della libertà di circolazione delle persone. Si consideri al riguardo il caso relativo alla decisione del Comune di Chamonix del 4 settembre 2015, che ha previsto il posizionamento di una barriera fisica al passaggio delle persone sul ghiacciaio del Monte Bianco in una zona che l'Italia considera quale parte del proprio territorio. Tale misura, a prescindere dalla sua legittimità o illegittimità, ha comportato oggettive limitazioni alla libertà di circolazione delle molte persone – più di ventimila ogni anno – che raggiungono la vetta e, di conseguenza, la zona di confine. Più in generale, simili episodi dimostrano come la sovrapposizione di diverse autorità nazionali nell'ambito della zona di frontiera contesa costituisca un elemento di profonda incertezza circa il regime giuridico applicabile, determinando così la potenziale emersione di ostacoli per l'esercizio della libertà di circolazione delle persone. In simili circostanze, un ragionamento in termini di analogia con la causa *Austria c. Germania* appare giustificato: così come una fattispecie che incide positivamente sul mercato interno gode di una connessione con il diritto dell'Unione, la medesima conclusione dovrebbe trarsi dalla considerazione di una fattispecie potenzialmente pregiudizievole per il funzionamento del mercato interno.

È dunque possibile concludere che il meccanismo di composizione previsto dall'art. 273 TFUE possa trovare applicazione ad una controversia territoriale tra Stati membri come quella che vede coinvolte Italia e Francia relativamente alla sovranità territoriale sulla vetta del Monte Bianco. La Corte di Giustizia, oltre al diritto dell'Unione, potrà applicare, in relazione al merito dell'oggetto della disputa, le disposizioni di diritto internazionale generale e pattizio tra i due Stati, in quanto compatibili con le norme inderogabili contenute nei Trattati (v. L. FUMAGALLI, *Art. 273*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., Padova, 2014, p. 1363 ss.).

3. La via giurisdizionale offerta dall'art. 273 TFUE costituisce il maggior contributo di natura procedurale offerto dal diritto dell'Unione europea alla soluzione di controversie territoriali. Al riguardo, appare opportuno domandarsi se gli Stati membri godano di una piena discrezionalità riguardo alla devoluzione della disputa alla cognizione della Corte di Giustizia. Come richiamato in precedenza, l'art. 273 TFUE prevede una giurisdizione facoltativa: potrebbe dunque uno Stato membro coinvolto in una disputa territoriale intra-UE – come l'Italia o la Francia in relazione alla vetta del Monte Bianco – rifiutare *ad nutum* un'offerta di compromesso ai sensi dell'art. 273 TFUE formulata dall'altro Stato?

La risposta a tale interrogativo dipende, in primo luogo, dalla potenziale applicabilità del principio di leale cooperazione alla relazione che sussiste tra due Stati membri coinvolti nella controversia (con riguardo alla dimensione interstatale del principio di leale cooperazione, *ex multis*: F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea: studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020, *passim*; O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, p. 7 ss.; M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité C.E.E.: recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, 1994, *passim*). Nell'eventualità in cui l'ambito di applicazione del principio si estenda fino a ricomprendere la fattispecie in esame, occorre in secondo luogo domandarsi se esso comporti degli obblighi tali da limitare la discrezionalità dei governi nazionali nell'accettare o rifiutare un'offerta di compromesso ai sensi dell'art. 273 TFUE.

La sentenza della causa *Slovenia c. Croazia* offre nuovamente un utile punto di partenza per una riflessione riguardo alla problematica in esame. Infatti, nel già citato punto 109 della sentenza si afferma che l'incompetenza della Corte a conoscere delle doglianze della Slovenia in tale causa "lascia impregiudicato qualsiasi obbligo scaturente, per ciascuno dei due Stati membri interessati, [...] dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE per adoperarsi lealmente ai fini della realizzazione di una soluzione giuridica definitiva conforme al diritto internazionale [...]" (*Slovenia c. Croazia*, sopra citata, punto 109). L'effettiva portata di tale affermazione è stata oggetto di critiche in dottrina. In particolare, si è autorevolmente sostenuto che il richiamo al principio di leale cooperazione nella sentenza *Slovenia c. Croazia* si ponga in contraddizione con le motivazioni che hanno portato la Corte nella medesima pronuncia a negare la sua competenza. Come ricordato in precedenza, la Slovenia ha invocato il principio di leale cooperazione dinanzi alla Corte di Giustizia non in relazione alla controversia territoriale in quanto tale, bensì con riguardo all'asserita violazione del compromesso arbitrale stipulato per la sua composizione. La Corte ha ritenuto che tale potenziale violazione implichi un nesso esclusivamente accessorio con il diritto dell'Unione europea e con il principio di leale cooperazione in particolare. Dato che l'ambito di applicazione del principio di leale cooperazione coincide con quello del diritto dell'Unione, appare difficile configurare un margine di operatività per detto principio in una controversia che, per la stessa Corte, non presenterebbe un sufficiente nesso con il diritto dell'Unione europea (E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 1486).

Nella medesima prospettiva, si è altrettanto autorevolmente affermato

che il richiamo ai doveri di leale cooperazione contenuto nella sentenza della causa *Slovenia c. Croazia* vada inteso quale mero auspicio a che le Parti coinvolte addivengano rapidamente ad una composizione della controversia (F. CASOLARI, *op. cit.*, nota n. 157).

A fronte di tali rilievi critici, appare opportuno sottolineare come la controversia che vede contrapposte l'Italia e la Francia sia profondamente diversa rispetto alla disputa tra Slovenia e Croazia posta all'attenzione della Corte. Il fatto che la Corte abbia individuato un nesso solamente *indiretto* tra quest'ultima disputa e il diritto dell'Unione non esclude la possibilità che una controversia sulla sovranità territoriale tra Stati membri incida in via *diretta* sull'ordinamento dell'Unione europea, ponendo ostacoli alla sua efficace applicazione. Tale nesso sussiste con ogni evidenza nell'ambito della controversia tra Italia e Francia relativa alla vetta del Monte Bianco. Come si è posto in evidenza nel precedente paragrafo, gli effetti riflessi della controversia sulla gestione delle frontiere interne tra Francia e Italia hanno in più occasioni posto ostacoli all'efficace esercizio della libertà di circolazione delle persone. In simili circostanze, il principio di leale cooperazione pone senz'altro in capo all'Italia e alla Francia l'assolvimento di obblighi di fattiva cooperazione per giungere ad una soluzione della disputa che, nella prospettiva indicata dalla Corte in margine alla sentenza della causa *Slovenia c. Croazia*, "assicuri l'applicazione effettiva e senza ostacoli del diritto dell'Unione nelle zone in questione" (*Slovenia c. Croazia*, sopra citata, punto 109).

Una volta dimostrata l'applicabilità del principio di leale cooperazione, appare necessario domandarsi se l'oggetto degli obblighi da esso scaturenti includano la conclusione di un compromesso ai sensi dell'art. 273 TFUE. Una volta che l'Italia sottoponesse alla Francia (o viceversa) l'invito a aderire a un compromesso basato sull'art. 273 TFUE e quest'ultima opponesse eventualmente un rifiuto, potrebbe la ricorrente valutare un ricorso alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 259 TFUE per violazione del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE?

Al riguardo, l'apprezzamento rispetto all'ampiezza della discrezionalità del singolo Stato membro è da rimettere, in ultima analisi, alla stessa Corte di Giustizia. Tale valutazione andrà effettuata con un approccio contestuale, alla luce delle circostanze fattuali e concrete in cui l'eventuale rifiuto dell'offerta di compromesso è stato opposto. Qui basti rilevare che, nonostante il carattere in principio facoltativo della giurisdizione istituita dall'art. 273 TFUE, la discrezionalità degli Stati membri a tal riguardo non possa essere assoluta. Infatti, una simile posizione pregiudicherebbe l'essenza stessa degli obblighi di leale cooperazione tra Stati membri precedentemente richiamati.

Pertanto, appare plausibile ritenere che, nonostante il carattere facoltativo della giurisdizione della Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 273 TFUE, il principio di leale cooperazione osti ad un rifiuto totalmente pretestuoso di un'offerta di compromesso nell'ambito di una disputa come quella in esame.

4. La possibilità di adire la Corte di Giustizia quale foro di composizione ai sensi dell'art. 273 TFUE non rappresenta l'unico contributo del diritto dell'Unione europea alla risoluzione di controversie territoriali tra Stati membri. Infatti, l'ampiezza delle competenze di cui dispone l'Unione fa sì che il diritto derivato offra agli Stati membri contendenti strumenti utili a rafforzare la cooperazione transfrontaliera nell'area oggetto della controversia, così come a valorizzare l'identità europea del sito in oggetto.

Tali profili non devono essere sottovalutati: ferma restando la necessità di definire con certezza i confini, una fattiva cooperazione a livello territoriale nel quadro del diritto dell'Unione europea avrebbe il merito di arginare gli effetti pregiudizievoli derivanti da iniziative unilaterali nella porzione di territorio contesa. Tra gli strumenti idonei a tal scopo, va sicuramente annoverato il regolamento (CE) n. 1082/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, relativo a un gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT). Come è noto, l'obiettivo di un GECT consiste nel facilitare e promuovere la cooperazione territoriale tra i suoi membri – comprese una o più linee di cooperazione transfrontaliera, transnazionale e interregionale – al fine di rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione europea (in dottrina, *ex multis*, v. S. CARREA, *Coordinamento e integrazione tra ordinamenti: il caso GECT*, Torino, 2017 e a quelli di G. ASARO, *Il Gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT): quadro normativo e prassi applicativa a dieci anni dall'adozione del Regolamento (CE) n. 1082/2006*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2017, p. 87 ss. e A. MIGLIO, *Le Groupement européen de coopération territoriale: un modèle européen uniforme ?*, in S. DOUMBÉ-BILLÉ, A. ODDENINO (dirs.), *Le rôle des régions dans la coopération internationale transfrontalière: l'expérience franco-italienne*, Napoli, 2016, pp. 67-85). I compiti affidati ai GECT possono comprendere specifici atti di cooperazione territoriale tra i membri, con o senza il sostegno finanziario dell'Unione europea.

Tra Italia e Francia sono già stati istituiti due GECT, relativi rispettivamente alla gestione condivisa di un tratto marino (GECT Parco Marino Internazionale delle Bocche di Bonifacio), e di un territorio di montagna di particolare importanza naturalistica e paesaggistica (GECT Parco Naturale Europeo Alpi Marittime Mercantour). Tale circostanza incoraggia a sugge-

rire la creazione di un terzo GECT dedicato all'*Espace Mont-Blanc*, ossia a quella porzione di territorio coincidente con il massiccio del Monte Bianco che già ora è oggetto di una ricca e feconda collaborazione congiunta da parte di enti dei due Stati frontalieri, a cui si aggiunge anche il *Valais* per la Confederazione elvetica. L'istituzione di un GECT *Espace Mont-Blanc* darebbe una forma giuridica definita alla cooperazione transfrontaliera tra Italia, Francia e Svizzera nell'alveo del diritto dell'Unione europea. Peraltro, una gestione congiunta di queste e altre problematiche in tale sede scongiurerebbe il rischio dell'assunzione unilaterale di provvedimenti non previamente condivisi, come quelli che nel recente passato hanno limitato l'accesso a porzioni di ghiacciaio.

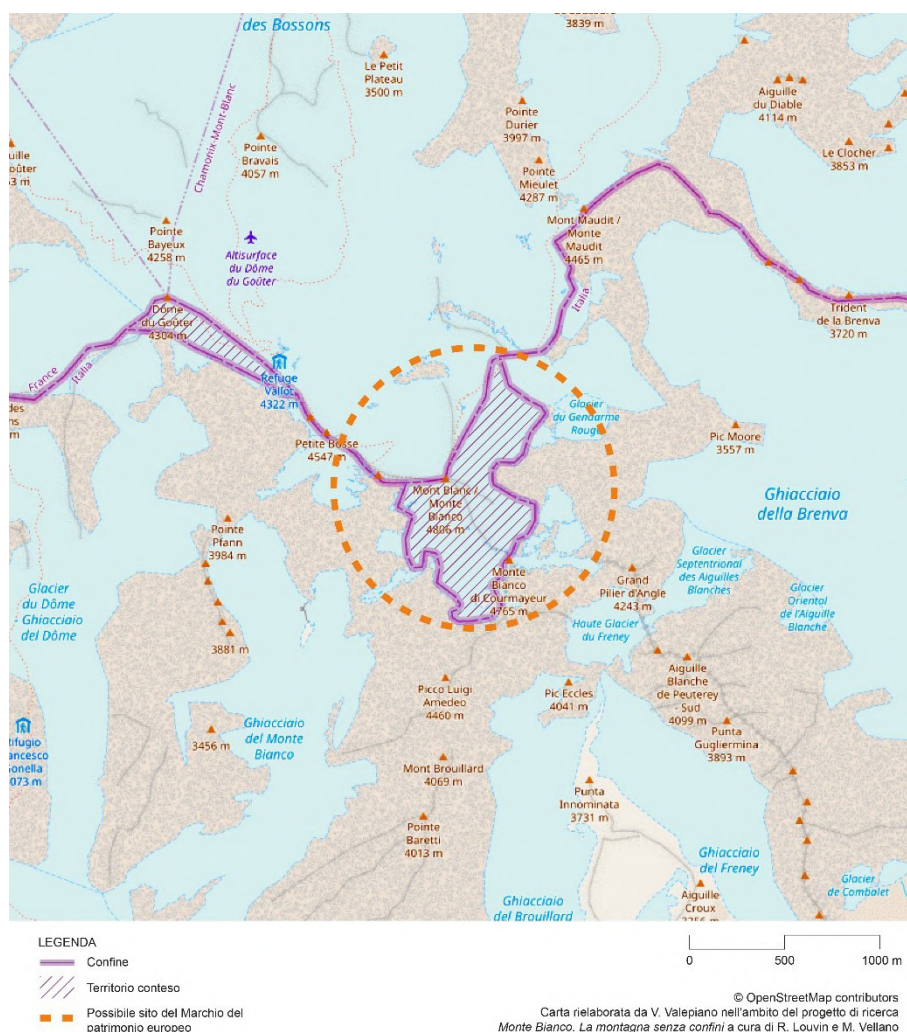
Nella medesima ottica, potrebbe altresì essere considerata l'opportunità di chiedere l'assegnazione, in relazione alla vetta del Monte Bianco, del marchio del patrimonio europeo (*European Heritage Label*) ai sensi della decisione n. 2011/1194/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011. Si tratta di un marchio assegnato per valorizzare siti, anche naturali, che assumono un significato particolare per la storia e per il patrimonio culturale europei e possano contribuire a rafforzare l'identità europea, soprattutto tra i giovani. Tale istituto costituisce un'azione dell'Unione in ambito culturale ai sensi dell'art. 167, par. 5, TFUE volto al "rafforzamento del senso di appartenenza dei cittadini europei all'Unione [...] sulla base dei valori comuni e degli elementi della storia e del patrimonio culturale europei, nonché della consapevolezza della diversità nazionale e regionale" (art. 3, par. 1 della Decisione n. 2011/1194/UE). Dal 2013 ad oggi, il marchio è stato attribuito a sessanta siti, tra i quali figurano cinque siti localizzati in Francia (l'Abbazia di Cluny, il quartiere europeo di Strasburgo, la casa di Robert Schuman presso Scy-Chazelles, l'ex campo di concentramento di Natzweiler e i suoi sottocampi, nonché il Memoriale di Chambon-sur-Lignon) e quattro in Italia (l'Isola di Ventotene, il Museo Casa Alcide De Gasperi presso Pieve Tesino, l'area archeologica di Ostia antica e il Forte di Cadine).

Ai fini dell'attribuzione del marchio, particolare attenzione è riservata a quei siti che si caratterizzano per un valore simbolico "transfrontaliero o paneuropeo" (art. 7, par. 1, lett. a), punto i), consistente in una influenza sull'immaginario comune europeo che trascende le frontiere dei singoli Stati membri. Nel caso della vetta del Monte Bianco, i riferimenti alla storia e all'identità europea appaiono plurimi ed evidenti, a cominciare dagli aspetti della nascita e dello sviluppo dell'alpinismo (v. il volume di S. ARDITO, *Monte Bianco. Il gigante delle Alpi*, Bari, 2022 dove si legge: "È il simbolo



dell'alpinismo, che inizia ufficialmente nel 1786 con la prima ascensione ai 4810 metri della sua vetta. È un crocevia della nostra storia, perché ai suoi piedi sono passati soldati, mercanti e pellegrini, e i suoi ghiacciai e le sue rocce hanno affascinato viaggiatori, artisti e scienziati. È il Monte Bianco, il massiccio più alto d'Europa”).

Nell'ottica di un superamento della controversia territoriale tra Italia e Francia, l'aspetto forse più interessante di questa opportunità è costituito dalla circostanza che il marchio può essere assegnato a un “sito transnazionale” ossia, ai sensi dell'art. 2, par. 2, della Decisione richiamata, a “un sito



la cui posizione geografica comprende il territorio di almeno due Stati membri”. La vetta del Monte Bianco risponde pienamente a tali caratteristiche. Infatti, l’area della vetta è più ampia rispetto alla porzione di territorio con-

teso, costituendo un sito eminentemente transnazionale. Più precisamente, il sito potenzialmente candidato all'assegnazione del marchio del patrimonio europeo può essere ricompreso in un'area di forma circolare di raggio pari a 750 metri a partire dalla vetta del Monte Bianco, la quale comprende territorio francese, territorio italiano, così come la porzione di territorio contesa, come si evince dalla mappa qui riprodotta.

L'auspicata soluzione della controversia tra Italia e Francia su dove passi esattamente il confine condurrebbe, dunque, a identificare la vetta come sito transnazionale europeo. Proprio il carattere della transnazionalità del sito permetterebbe di superare e de-enfatizzare, nella comune prospettiva europea, le contrapposizioni che i confini tradizionalmente evocano. Si tratta, del resto, di una prospettiva non del tutto nuova nella prassi relativa al marchio del patrimonio europeo. Basti richiamare, a titolo esemplificativo, il Forte di Cadine, fortificazione militare in provincia di Trento che, come richiamato dalla Commissione, "fornisce il contesto necessario per comprendere meglio il valore delle frontiere aperte e della libera circolazione". La prospettiva di ottenere il marchio del patrimonio europeo per la vetta del Monte Bianco potrebbe, dunque, contribuire a uscire dall'attuale *impasse* e la sua assegnazione assumerebbe un indubbio significato simbolico nel testimoniare il superamento della concezione tradizionale dei confini a favore della valorizzazione dell'identità comune europea.

5. In conclusione, è possibile affermare che l'Unione europea offra un duplice apporto alla soluzione della controversia territoriale in essere tra Francia e Italia rispetto al passaggio del confine sulla vetta del Monte Bianco.

In primo luogo, i trattati istitutivi dell'Unione europea mettono a disposizione, sia pure a seguito della stipula di un apposito compromesso ai sensi dell'art. 273 TFUE, la giurisdizione della Corte di Giustizia. Quest'ultima potrebbe costituire la sede ideale per comporre la controversia relativa alla vetta del Monte Bianco, ponendo così fine alle circostanze pregiudizievoli per l'esercizio della libera circolazione nell'area della vetta e adempiendo, conseguentemente, agli obblighi che derivano dal principio di leale cooperazione.

In secondo luogo, il diritto derivato dell'Unione europea, attraverso il Regolamento (CE) n. 1082/2006, offre un modello giuridico già ampiamente utilizzato in altri contesti e capace di porre gli attori locali nelle migliori condizioni per rafforzare l'attuale cooperazione transfrontaliera e renderla ancora più feconda e intensa.



Proprio quest'ultimo aspetto appare il più importante: la cooperazione nell'ambito dell'Unione europea dovrebbe averci insegnato che i confini tra gli Stati membri, che pure debbono essere tracciati correttamente e in modo condiviso sulle carte geografiche, hanno mutato nel tempo la loro portata originaria, specialmente in luoghi come la vetta del Monte Bianco che rientra a pieno titolo nella definizione di bene comune e, come tale, appartiene a tutti. L'assegnazione dello *European Heritage Label* alla vetta del Monte Bianco costituirebbe il più significativo suggello di tale raggiunta consapevolezza, oltre che un'ulteriore testimonianza della solidità e maturità delle relazioni tra questi due Stati in nome della comune identità europea.

### Abstract (ita)

Il contributo analizza il potenziale apporto del diritto dell'Unione europea alla soluzione di controversie territoriali tra Stati membri, con particolare riguardo alla controversia che coinvolge l'Italia e la Francia relativamente alla sovranità territoriale sulla vetta del Monte Bianco. L'analisi proposta prende le mosse dalla recente pronuncia della Corte di Giustizia nella causa *Slovenia/Croazia* per dimostrare che tale precedente non preclude alla possibilità che gli istituti del diritto dell'Unione europea offrano strumenti utili alla risoluzione di controversie come quella relativa alla vetta del Monte Bianco. Da un lato, gli autori intendono dimostrare che una simile disputa integra i requisiti per l'applicabilità dell'art. 273 TFUE, tale per cui l'Italia e la Francia potrebbero addivenire ad un compromesso per devolvere alla Corte di Giustizia la soluzione della controversia. Dall'altro lato, alcuni strumenti di diritto UE – quali il Gruppo europeo di cooperazione territoriale e la potenziale attribuzione del Marchio del patrimonio europeo – potrebbero rafforzare la cooperazione tra gli Stati coinvolti nella gestione di tale territorio, così come valorizzare la sua identità europea. Tali soluzioni avrebbero il merito di evitare nuove iniziative unilaterali da parte francese e italiana e, soprattutto, di superare la controversia territoriale mediante il riconoscimento della vetta del Monte Bianco quale sito transnazionale europeo.

### Abstract (eng)

The contribution analyses the potential relevance of EU law for settling territorial disputes between Member States, with particular regard to the one between Italy and France concerning territorial sovereignty over the summit of Mont Blanc. The analysis shows that the recent ruling of the Court of Justice in *Slovenia v. Croatia* does not preclude the possibility of EU law providing key instruments for the resolution of disputes such as the one concerning the Mont Blanc summit. On the one hand, the authors aim to show that this dispute meets the requirements for the applicability of Article 273 TFEU, which allows Italy and France to refer the dispute to the Court of Justice. On the other hand, other EU law instruments – such as the European Grouping of Territorial Cooperation and the potential attribution of the European Heritage Label – could strengthen the cooperation between the Member States involved in the management of the territory at stake, as well as enhance its European identity. These solutions would have the

merit of avoiding new unilateral initiatives on the part of France and Italy and, above all, of overcoming the territorial dispute through the recognition of the Mont Blanc summit as a transnational European site.



FORUM “IMMIGRAZIONE, FRONTIERE E ASILO” (IFA)  
AGGIORNAMENTI SULLA GIURISPRUDENZA

Bollettino mensile n. 1 – gennaio 2024

A cura di Erika Colombo e Francesco Luigi Gatta

Coordinamento scientifico: Daniela Vitiello

**In questo numero:**

<b>Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea</b>	475
Corte di giustizia, sentenza del 16 gennaio 2024, causa C-621/21, <i>Intervyuirasht organ na DAB pri MS</i>	475
Conclusioni dell’Avvocato Generale Jean Richard de la Tour, presentate l’11 gennaio 2024, causa C-808/21, <i>Commissione europea c. Repubblica ceca</i> e causa C-814/21, <i>Commissione c. Polonia</i>	476
Conclusioni dell’Avvocato Generale Nicholas Emiliou, presentate l’11 gennaio 2024, causa C-563/22, <i>Zamestnik-predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite</i>	477
Conclusioni dell’Avvocato Generale Laila Medina, presentate il 25 gennaio 2024, causa C-753/22, <i>Bundesrepublik Deutschland</i>	478
Corte di giustizia, sentenza del 30 novembre 2023, cause riunite C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 e C-328/21, <i>Ministero dell’Interno</i>	479
<b>Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo</b>	481
Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 16 gennaio 2024, <i>Alkhatib and Others c. Grecia</i> , ric. n. 3566/16	481
Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 23 gennaio 2024, <i>O.R. c. Grecia</i> , ric. 24650/19	482
<b>Giurisprudenza nazionale</b>	483
TAR Lombardia, ordinanza del 18 gennaio 2024, n. 45	483

**Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea**

Corte di giustizia, sentenza del 16 gennaio 2024, causa C-621/21, *Intervyuirasht organ na DAB pri MS*

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Direttiva 2011/95/UE – *Status* di rifugiato e protezione sussidiaria – “Appartenenza a un determinato gruppo

sociale” – Violenza contro le donne basata sul genere – Violenza domestica – Minaccia di “delitto d’onore”

**Fatto:** WS, una cittadina turca appartenente al gruppo etnico curdo, musulmana sunnita e divorziata, presentava domanda di protezione internazionale in ragione di atti di violenza domestica subiti e minacce di morte ricevute da parte del coniuge e dei membri della sua famiglia biologica nel Paese d’origine. Tuttavia, le autorità bulgare – competenti ad esaminare l’istanza – ritenevano che tali elementi non fossero pertinenti ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria. Tale decisione veniva riconfermata anche dalla Corte suprema amministrativa bulgara. WS, pertanto, presentava, sulla base di nuovi elementi di prova (una decisione di un tribunale penale turco che condannava il suo *ex* marito a una pena privativa della libertà di cinque mesi per il reato di minacce perpetrate nei suoi confronti nel settembre 2016), un’ulteriore domanda di protezione internazionale. Tale istanza veniva dichiarata irricevibile, ma il Tribunale amministrativo di Sofia, investito del ricorso, sollevava un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, al fine di chiarire quale rilevanza attribuire alla violenza contro le donne basata sul genere e alla violenza domestica nell’ottica del riconoscimento della protezione internazionale.

**Esito/punto di diritto:** La Corte afferma che, ai fini dell’interpretazione dell’art. 10, par. 1, lett. d), della direttiva 2011/95/UE, possono essere considerate appartenenti a «un determinato gruppo sociale», come «motivo di persecuzione» che può condurre al riconoscimento dello *status* di rifugiato, tanto le donne nel loro insieme, quanto gruppi più ristretti di donne che condividono una caratteristica comune supplementare. Di conseguenza, le donne possono beneficiare dello *status* di rifugiato quando, nel loro paese d’origine, sono esposte, a causa del loro sesso, a violenze fisiche o mentali, incluse le violenze sessuali e domestiche. La direttiva qualifica, infatti, deve essere interpretata nel rispetto della Convenzione di Istanbul, la quale vincola gli Stati membri dell’Unione europea e riconosce la violenza contro le donne basata sul genere come una forma di persecuzione. In ogni caso, qualora le condizioni per il riconoscimento dello *status* di rifugiato non siano soddisfatte, le donne possono beneficiare della protezione sussidiaria, anche in caso di minaccia effettiva di essere uccise o di subire atti di violenza da parte di un membro della loro famiglia o della loro comunità, a causa della presunta trasgressione di norme culturali, religiose o tradizionali.

Conclusioni dell’Avvocato Generale Jean Richard de la Tour, presentate l’11 gennaio 2024, causa C-808/21, *Commissione c. Repubblica ceca* e causa C-814/21, *Commissione c. Polonia*

**Categoria:** Cittadinanza

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Cittadinanza dell’Unione – Articolo 22 TFUE – Elettorato attivo e passivo – Partito politico – Identità nazionale

**Fatto:** La Commissione proponeva due ricorsi per inadempimento nei confronti di Repubblica ceca e Polonia per violazione dell’art. 22 TFUE, sostenendo che la normativa nazionale di tali Paesi, che riconosce il diritto di aderire a un partito politico soltanto ai cittadini nazionali, violasse il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, che impone di garantire ai cittadini «mobili» dell’Unione il diritto di candidarsi alle elezioni comunali o del Parlamento europeo alle stesse condizioni applicabili ai suoi cittadini.

**Esito/punto di diritto:** L’Avvocato Generale de la Tour propone alla Corte di dichiarare tali ricorsi fondati. Egli evidenzia che, se è vero che l’organizzazione della vita politica nazionale, cui i partiti politici contribuiscono, fa parte dell’identità nazionale ai sensi dell’art. 4, par. 2, TUE, ciò non esenta gli Stati membri dal rispettare i diritti fondamentali affermati dalla Carta, tra i quali figurano il principio democratico e il principio di uguaglianza. Quest’ultimo principio, in particolare, trova espressione nell’art. 22 TFUE, che garantisce a ciascun cittadino europeo il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali e del Parlamento europeo nello Stato membro in cui risiede. Ebbene, come evidenziato dall’Avvocato Generale, il fatto che un cittadino «mobile» dell’Unione non possa presentarsi come membro di un partito politico nello Stato membro di residenza riduce le sue possibilità di essere eletto alle elezioni comunali o europee rispetto ai cittadini nazionali. Una siffatta forma di discriminazione non può trovare giustificazione nel rispetto dell’identità nazionale e, pertanto, si pone in violazione dell’art. 22 del TFUE.

Conclusioni dell’Avvocato Generale Nicholas Emiliou, presentate l’11 gennaio 2024, causa C-563/22, *Zamestnik-predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Direttiva 2011/95/UE – Articolo 12, paragrafo 1, lettera a) – Esclusione dallo *status* di rifugiato – Cessazione della protezione o dell’assistenza dell’UNRWA – Striscia di Gaza

**Fatto:** SN e LN, due apolidi di origine palestinese, vivevano nella Striscia di Gaza e sono registrate presso l’UNRWA. Esse presentavano una domanda reiterata di protezione internazionale in Bulgaria, sostenendo che al loro caso doveva essere applicato l’art. 12, par. 1, lett. a), della direttiva 2011/95/UE. Ai sensi di questa disposizione, sono esclusi da tale *status* gli



apolidi di origine palestinese che sono ricorsi alla protezione o all'assistenza dell'UNRWA. Tuttavia, tale esclusione non è applicabile qualora la protezione o assistenza «cessi». La Corte di giustizia è chiamata a valutare se si può ritenere che la protezione o l'assistenza dell'UNRWA sia «cess[ata]», in considerazione delle condizioni di vita esistenti, in generale, in tale zona, senza che sia necessario che le persone interessate dimostrino di essere specificamente perseguitate o pregiudicate da tali condizioni a motivo di elementi relativi alle loro circostanze personali. In particolare, la questione deve essere esaminata alla luce degli eventi verificatisi nella Striscia di Gaza dopo gli attacchi di Hamas contro Israele del 7 ottobre 2023.

**Esito/punto di diritto:** Secondo l'Avvocato Generale, non si può escludere che la zona operativa dell'UNRWA, o una parte di essa, sia caratterizzata da carenze sistemiche di gravità tale da determinare un rischio grave di estrema privazione materiale per qualsiasi persona rinvia in detta zona. Non si può escludere, in particolare, che una persona possa trovarsi in condizione da non riuscire a far fronte ai propri bisogni più elementari (quali nutrirsi, lavarsi e disporre di un alloggio), con pregiudizio alla sua salute fisica o psichica; situazione che rischierebbe di porla in uno stato di degrado incompatibile con la dignità umana e, quindi, con l'articolo 4 della Carta. In una situazione del genere, al fine di dimostrare la cessazione della protezione o dell'assistenza dell'UNRWA, l'interessato non è tenuto a provare, in modo individualizzato, che le condizioni generali di vita esistenti in tale zona o in una parte di essa siano indegne, poiché le condizioni generali di vita possono essere considerate «indegne» praticamente per chiunque. Tuttavia, il godimento dello *status* di rifugiato non è incondizionato neppure in tale situazione. L'interessato è tenuto a presentare domanda di protezione internazionale. Inoltre, resta necessaria una valutazione individuale al fine di verificare, in particolare, che non trovi applicazione una delle clausole di esclusione di cui all'articolo 12, paragrafo 1, lettera b), e articolo 12, paragrafi 2 e 3, di tale direttiva. La circostanza che l'interessato possa beneficiare della «protezione sussidiaria» ai sensi dell'articolo 2, lettera g), della direttiva in parola è irrilevante ai fini di detta valutazione.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Laila Medina, presentate il 25 gennaio 2024, causa C-753/22, *Bundesrepublik Deutschland*

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Protezione internazionale – Nuova domanda – Effetti vincolanti extraterritoriali della decisione di riconoscere lo *status* di rifugiato – Riconoscimento reciproco – Scambio di informazioni

**Fatto:** QY, una cittadina siriana, otteneva lo *status* di rifugiato in Grecia e, successivamente, presentava domanda di protezione internazionale anche in Germania. Un tribunale amministrativo tedesco stabiliva che, a causa delle condizioni di vita dei rifugiati in Grecia, l'interessata correva un grave rischio di subire trattamenti inumani o degradanti e, pertanto, non poteva essere rinvia in tale Stato. La Germania, tuttavia, respingeva la sua domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato e le concedeva la protezione sussidiaria. Avverso tale decisione, QY proponeva ricorso e il giudice competente a decidere la questione sollevava un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia.

**Esito/punto di diritto:** Secondo l'Avvocato generale Medina, uno Stato membro non è tenuto a riconoscere, senza un esame nel merito, la protezione internazionale che un altro Stato membro ha già concesso al richiedente. L'esistenza di una decisione positiva di riconoscimento dello *status* di rifugiato costituisce uno degli elementi che comprovano i fatti adottati a sostegno della domanda di protezione internazionale presentata dalla persona interessata (e, quindi, un elemento significativo della domanda, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2011/95), ma non può avere un effetto vincolante nei confronti dell'autorità accertante del secondo Stato membro. Quest'ultima sarà tenuta a stabilire se la persona interessata soddisfi i requisiti sostanziali per beneficiare dello *status* di rifugiato, tenendo conto, innanzitutto, del fatto che la domanda presentata dalla persona interessata è già stata esaminata dalle autorità di un altro Stato membro (e ciò, in ottemperanza al principio di buona amministrazione). Inoltre, dovrà assegnare priorità all'esame della domanda e a valutare l'applicazione dell'articolo 34 del regolamento n. 604/2013, il quale prevede meccanismi per lo scambio di informazioni tra gli Stati membri, in base ai quali il primo Stato membro dovrebbe rispondere a tutte le richieste di informazioni rivolte dal secondo Stato membro entro un termine sensibilmente più breve rispetto a quello applicabile in circostanze normali.

Corte di giustizia, sentenza del 30 novembre 2023, cause riunite C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 e C-328/21, *Ministero dell'Interno*

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Regolamento (UE) n. 604/2013 – Artt. da 3 a 5, 17 e 27 – Opuscolo comune – Colloquio personale – Decisione di trasferimento

**Fatto:** Diversi cittadini originari dell'Afghanistan, dell'Iraq e del Pakistan, presentavano domanda di asilo in Italia, dopo aver avanzato istanze di

protezione internazionale in altri Stati membri. L'Italia inoltrava, pertanto, richieste di ripresa in carico a suddetti Stati membri e, a seguito della loro accettazione, adottava decisioni di trasferimento dei soggetti interessati. I richiedenti si opponevano al trasferimento e i giudici italiani, investiti dei ricorsi, sollevavano plurimi rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia. In particolare, si domandavano se un richiedente che ha presentato una seconda domanda di asilo debba, come in occasione della sua prima domanda, ricevere l'«opuscolo comune» (ossia uniforme in tutta l'Unione) d'informazione sulla procedura e sui suoi diritti e obblighi (previsto dall'art. 4 del regolamento (UE) n. 604/2013, c.d. "regolamento Dublino"), e beneficiare altresì di un colloquio personale (ai sensi dell'art. 5 del regolamento Dublino).

**Esito/punto di diritto:** La Corte stabilisce che, ai sensi del combinato disposto degli articoli 4 del regolamento Dublino e 29 del regolamento Eurodac, l'obbligo di fornire informazioni al richiedente asilo e, in particolare, di consegnargli l'«opuscolo comune» d'informazione sulla procedura di determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la sua domanda, nonché sui diritti e obblighi collegati ad essa, si impone tanto nell'ambito delle procedure relative alla presentazione di una prima domanda di protezione internazionale, quanto nell'ambito della procedura di ripresa in carico. Lo stesso vale per l'obbligo di svolgere il colloquio personale previsto dall'art. 5 del regolamento Dublino, che dovrà essere adempiuto tanto nell'ambito dell'esame di una prima domanda di protezione internazionale, quanto in occasione della proposizione di una domanda di protezione internazionale successiva (e di una eventuale procedura di ripresa in carico). Pertanto, secondo la Corte, nell'ambito di una procedura di ripresa in carico, il soggetto interessato può contestare con ricorso *ex art. 27* del regolamento (UE) n. 604/2013 il mancato espletamento del colloquio personale e, conseguentemente, ottenere l'annullamento della decisione di trasferimento. Qualora però la normativa nazionale consenta all'interessato, nell'ambito di detto ricorso, di esporre di persona tutti i suoi argomenti avverso tale decisione nel corso di un'audizione, e qualora tali argomenti non siano atti a modificare detta decisione, l'annullamento della decisione di trasferimento dovrà essere escluso. Inoltre, l'annullamento della decisione di rimpatrio può essere ottenuto facendo valere, pur a fronte dello svolgimento del colloquio personale di cui all'art. 5, la mancata consegna dell'opuscolo informativo di cui all'art. 4 del citato regolamento. In tal caso, il giudice nazionale dovrà valutare se, tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto specifiche del caso di specie, pur a fronte dello svolgimento del colloquio personale, la mancata consegna dell'opuscolo comune abbia effettivamente privato la

persona interessata della possibilità di far valere i propri argomenti in misura tale che il procedimento amministrativo nei suoi confronti avrebbe potuto condurre a un risultato diverso. Da ultimo, la Corte evidenzia che, nell’ambito di un ricorso avverso una decisione di trasferimento, fondato sull’art. 3, par. 2, del regolamento Dublino, il giudice nazionale non è legittimato ad affermare l’esistenza di un rischio, nello Stato membro richiesto, di una violazione del principio di *nonrefoulement*, quando non constati l’esistenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale di quello Stato membro. Divergenze di opinioni tra le autorità e i giudici dello Stato membro richiedente, da un lato, e le autorità e i giudici dello Stato membro richiesto, dall’altro, in relazione all’interpretazione dei presupposti sostanziali della protezione internazionale non dimostrano l’esistenza di carenze sistemiche. Peraltro, il giudice dello Stato membro richiedente non ha l’obbligo di applicare la clausola di cui all’art. 17 del regolamento Dublino (e, quindi, di dichiarare la competenza del proprio Stato membro) qualora non condivida la valutazione dello Stato membro richiesto quanto al rischio di *refoulement* dell’interessato. Ogni Stato membro deve ritenere, salvo circostanze eccezionali, che gli altri Stati membri rispettano il diritto dell’Unione.

\* \* \* \* \*

### **Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo**

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 16 gennaio 2024, *Alkhatib and Others c. Grecia*, ric. n. 3566/16

**Categoria:** Frontiere

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 2 CEDU – Guardia Costiera Greca – Spari su imbarcazione – Morte di un migrante – Uso eccessivo della forza

**Fatto:** I ricorrenti sono cittadini siriani, familiari (moglie e figli) di un cittadino siriano che ha perso la vita nel contesto di un’operazione di intercettazione marittima in cui la guardia costiera greca ha aperto il fuoco su un’imbarcazione che trasportava migranti. I fatti risalgono a settembre 2014, quando la guardia costiera intercettava un’imbarcazione, condotta da due cittadini turchi, nell’atto di trasportare irregolarmente cittadini siriani verso la Grecia. Poiché l’imbarcazione non rispettava gli ordini di fermarsi e identificarsi, la guardia costiera greca apriva il fuoco: 7 spari di avvertimento e 13 spari mirati al motore della barca, al fine di immobilizzarla. Il familiare dei ricorrenti veniva raggiunto da un proiettile alla testa, entrando in coma. Veniva trasportato d’urgenza in un ospedale greco e, successivamente, in Svezia, dove i ricorrenti

avevano nel frattempo ottenuto lo *status* di rifugiato. Il familiare dei ricorrenti moriva a Stoccolma nell'estate 2015. Davanti alla Corte di Strasburgo, i ricorrenti sostengono che l'uso della forza da parte della guardia costiera e l'indagine condotta dalle autorità nazionali sulle gravi lesioni subite non soddisfacevano gli aspetti procedurali e sostanziali di cui all'articolo 2 della Convenzione.

**Esito/punto di diritto:** Per quanto riguarda l'aspetto procedurale, la Corte ribadisce che l'art. 2 CEDU impone agli Stati di condurre un'indagine effettiva, che deve mirare a stabilire i fatti, determinare se l'uso della forza nel caso di specie fosse giustificato e in tal caso, identificare e sanzionare il responsabile. I risultati dell'indagine devono basarsi su un'analisi meticolosa, obiettiva e imparziale di tutti i fattori rilevanti e devono essere soggetti a un esame particolarmente rigoroso qualora sia stata persa una vita per mano di un pubblico ufficiale. Su queste premesse, la Corte rileva numerose carenze nella conduzione delle indagini e nell'accertamento dei fatti (mancata perizia balistica per ricostruire le dinamiche dell'uso delle armi da fuoco; mancata perizia sulle imbarcazioni coinvolte; testimoni chiave non ascoltati; ecc.), che la portano a concludere per una violazione dell'art. 2 CEDU dal lato procedurale. Per quanto riguarda l'aspetto sostanziale della norma, la Corte reitera che l'uso della forza deve essere proporzionato e assolutamente necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito. Nel caso di specie, la Grecia non disponeva di un quadro legislativo adeguato che disciplinasse l'uso della forza potenzialmente letale nelle operazioni di sorveglianza marittima. Nell'esecuzione materiale del suo intervento, inoltre, la guardia costiera avrebbe dovuto presumere che la nave trasportasse migranti (visto il periodo di forti flussi migratori tra Turchia e Grecia), esercitando la vigilanza necessaria per garantire che qualsiasi rischio per la vita umana fosse ridotto al minimo. La guardia costiera ha quindi utilizzato una forza eccessiva e in modo non "assolutamente necessario", in un contesto di regolamentazione incerta dell'uso delle armi da fuoco. L'art. 2 CEDU risulta violato, dunque, anche dal punto di vista sostanziale.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 gennaio 2024, *O.R. c. Grecia*, ric. 24650/19

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 3 CEDU – Minore non accompagnato – Grecia – Accoglienza – Condizioni materiali estreme

**Fatto:** Il ricorrente è un minore non accompagnato afghano, giunto in Grecia nel 2018, dove presentava domanda d'asilo. Rappresentava di non voler tornare nel proprio paese d'origine dove il padre lo picchiava costrin-

gendolo a lavori forzati, anziché mandarlo a scuola. Indicava, inoltre, di voler raggiungere la madre, che si trovava in Germania. Sebbene le autorità greche avessero aperto un dossier per la gestione della situazione del ricorrente (esame della domanda d’asilo, nomina di un tutore legale, assegnazione di un alloggio, verifica della possibilità di raggruppamento familiare), egli veniva costretto a vivere in condizioni inadeguate, stante in particolare la mancanza di alloggi stabili e di beni materiali di prima necessità, nonché la mancanza di un controllo attento e continuativo da parte delle autorità domestiche. Davanti alla Corte di Strasburgo lamentava, su queste basi, una violazione dell’art. 3 CEDU.

**Esito/punto di diritto:** La Corte ribadisce che nell’accoglienza di minori stranieri, accompagnati o non accompagnati, le autorità nazionali devono tenere presente che la situazione di estrema vulnerabilità del minore è determinante e prevale sulla qualità di straniero soggiornante irregolarmente. Si dice consapevole della situazione di difficoltà cui era sottoposta la Grecia all’epoca dei fatti, specie nella delicata gestione di numerosi migranti non accompagnati. Nondimeno, il carattere assoluto dell’art. 3 CEDU non consente di esonerare lo Stato greco dalle sue responsabilità. La Corte rileva che il ricorrente ha vissuto per quasi sei mesi senza poter soddisfare nessuno dei suoi bisogni più elementari: non potendo nutrirsi, lavarsi o beneficiare di un alloggio stabile, nonostante l’obbligo di garantire condizioni materiali dignitose incombente sulle autorità greche in base alla pertinente normativa nazionale di recepimento del diritto dell’UE (segnatamente: la direttiva accoglienza). Conclude, pertanto, per una violazione dell’art. 3 CEDU.

\* \* \* \* \*

### **Giurisprudenza nazionale**

TAR Lombardia, ordinanza del 18 gennaio 2024, n. 45

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** D.L. n. 20/2023 – Articolo 7 – Protezione speciale – Conversione – Permesso di soggiorno per motivi di lavoro

**Fatto:** Un cittadino straniero, titolare di permesso di soggiorno per protezione speciale rilasciato ai sensi del previgente D.L. n. 130/2020, presentava domanda di conversione del suddetto titolo di soggiorno in permesso per motivi di lavoro. Tuttavia, la Questura competente dichiarava inammissibile la richiesta e l’interessato si vedeva costretto a promuovere ricorso cautelare al fine di ottenere la sospensione di detto provvedimento.

**Esito/punto di diritto:** Il TAR accoglie il ricorso cautelare. I giudici evi-

denziano come, nel caso di specie, il provvedimento che aveva disposto l'archiviazione dell'istanza del ricorrente, era motivato con riferimento all'impossibilità di convertire il permesso di soggiorno per protezione speciale in permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, a seguito dell'entrata in vigore del D.L. n. 20/2023, convertito con modificazioni dalla Legge n. 50/2023. Tuttavia, rilevano come, in base alla speciale disposizione transitoria di cui all'art. 7 del D.L. n. 20/2023, i permessi di soggiorno per protezione speciale rilasciati nel vigore della precedente disciplina, purché ancora in corso di validità, possono essere convertiti in permesso di soggiorno per motivi di lavoro se ne ricorrono i requisiti di legge. Pertanto, ritenendo sussistente il *fumus boni iuris*, dispongono la sospensione del provvedimento impugnato ai fini di un motivato riesame da parte dell'amministrazione.



FORUM “IMMIGRAZIONE, FRONTIERE E ASILO” (IFA)  
AGGIORNAMENTI SULLA GIURISPRUDENZA

Bollettino mensile n. 2 – febbraio 2024

A cura di Erika Colombo e Francesco Luigi Gatta

Coordinamento scientifico: Daniela Vitiello

**In questo numero:**

<b>Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea</b>	485
Conclusioni dell’Avvocato generale Pikamäe, presentate il 25 gennaio 2024, Cause riunite C-112/22 e C-223/22, <i>CU e ND</i>	485
Corte di giustizia, sentenza dell’8 febbraio 2024, causa C-216/22, <i>Bundesrepublik Deutschland</i>	486
Corte di giustizia, sentenza del 22 febbraio 2024, causa C-491/21, <i>Direcția pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date</i>	487
Corte di giustizia, sentenza del 29 febbraio 2024, causa C-222/22, <i>Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl</i>	488
Corte di giustizia, sentenza del 29 febbraio 2024, causa C-392/22, <i>Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid</i>	489
<b>Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo</b>	490
Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 6 febbraio 2024, <i>J.A. e A.A. c. Turchia</i> , ric. n. 80206/17	490
Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 13 febbraio 2024, <i>U. c. Francia</i> , ric. n. 53254/20	491
Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 22 febbraio 2024, <i>M.H. e S.B. c. Ungheria</i> , ric. nn. 10940/17 e 15977/17	492
<b>Giurisprudenza nazionale</b>	492
Corte di Cassazione, ordinanze interlocutorie dell’8 febbraio 2024, n. 3562 e n. 3563	492
Corte costituzionale, sentenza del 14 febbraio 2024, n. 15	493

**Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea**

Conclusioni dell’Avvocato generale Pikamäe, presentate il 25 gennaio 2024, Cause riunite C-112/22 e C-223/22, *CU e ND*

**Categoria:** Immigrazione

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Direttiva 2003/109/CE – Soggiornanti di lungo periodo – Articolo 11, paragrafo 1, lettera d) – Parità di trattamento – Durata della residenza

**Fatto:** CU e ND sono cittadini di paesi terzi che hanno acquisito lo *status* di soggiornante di lungo periodo in Italia. Erano accusati di aver commesso il reato di cui all’articolo 7, paragrafo 1, del decretolegge n. 4/2019, per aver falsamente dichiarato, nella compilazione di domande di reddito di cittadinanza, di soddisfare le condizioni per la concessione di tale prestazione e, in particolare, la condizione relativa alla residenza per almeno dieci anni in Italia. CU e ND proponevano ricorso avverso la decisione dell’INPS di revocare la suddetta prestazione. Il Tribunale adito, dubitando della conformità al diritto dell’Unione del decretolegge n. 4/2019 nella parte in cui prevede una condizione di residenza della durata minima di dieci anni in Italia, continuativa negli ultimi due anni, per poter beneficiare del reddito di cittadinanza, sollevava rinvio pregiudiziale dinanzi la Corte di giustizia.

**Esito/punto di diritto:** Secondo l’Avvocato generale, l’art. 11, par. 1, lett. d), della direttiva 2003/109/CE, letto alla luce del principio di parità di trattamento, osta a una normativa nazionale che condiziona l’accesso a una misura nazionale di assistenza sociale al requisito della residenza nello Stato membro interessato per almeno dieci anni, in modo continuativo negli ultimi due anni. Infatti, come emerge dalla giurisprudenza della Corte, qualsiasi distinzione in base alla *residenza*, come quella stabilita nel caso di specie dalla condizione di cui trattasi nei procedimenti principali, rischia di operare maggiormente a favore dei cittadini nazionali, in quanto i non residenti sono più frequentemente cittadini non nazionali. E lo stesso vale per una distinzione fondata sulla *durata della residenza*, qualora il trattamento dei cittadini nazionali sia comparabile a quello dei cittadini dei paesi terzi che hanno acquisito lo *status* di soggiornante di lungo periodo al termine di un regolare soggiorno di cinque anni nel territorio dello Stato membro interessato. Inoltre, chiarisce l’AG che dovrebbe essere considerata contraria al diritto dell’Unione anche la sanzione penale prevista dal diritto italiano in caso di falsa dichiarazione relativamente al requisito della residenza nello Stato membro interessato per almeno dieci anni (in modo continuativo negli ultimi due anni): se è contrario al diritto dell’Unione il suddetto requisito – che è elemento oggettivo del reato –, non può che esserlo anche la relativa sanzione.

Corte di giustizia, sentenza dell’8 febbraio 2024, causa C-216/22, *Bundesrepublik Deutschland*

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Direttiva 2013/32/UE – Articolo 33, paragrafo 2, lettera d), articolo 40, paragrafi 2 e 3 e articolo 46 – Domanda reiterata – Nozione di “elementi o risultanze nuovi” – Diritto a un rimedio effettivo

**Fatto:** Un cittadino siriano, dopo essere fuggito per il timore di essere riarruolato o arrestato in caso di rifiuto di adempiere ai suoi obblighi militari, presentava domanda di asilo in Germania e vedeva riconoscersi la protezione sussidiaria. Successivamente, a seguito di una sentenza della Corte di giustizia relativa alla situazione degli obiettori di coscienza siriani, presentava una nuova domanda di protezione internazionale, sostenendo che tale sentenza costituisse un mutamento a lui favorevole della situazione di diritto. La domanda reiterata veniva, tuttavia, rigettata in quanto irricevibile e l'interessato promuoveva ricorso. Il Tribunale competente sollevava, dunque, rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, al fine di chiarire l'interpretazione dell'art. 33, par. 2, lett. d), dell'art. 40, parr. 2 e 3, e dell'art. 46, par. 1, lett. a), della direttiva 2013/32/UE.

**Esito/punto di diritto:** La Corte afferma che qualsiasi sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, ivi compresa una sentenza che si limiti a interpretare una disposizione del diritto dell'Unione già in vigore al momento dell'adozione di una decisione concernente una domanda precedente, costituisce un elemento nuovo ai sensi dell'art. 33, par. 2, lett. d), e dell'art. 40, parr. 2 e 3, della direttiva 2013/32/UE. Ciò, in particolare, qualora una siffatta sentenza accresca in modo significativo la probabilità che al richiedente possa essere riconosciuto il beneficio della protezione internazionale. Inoltre, chiarisce che gli Stati membri hanno la facoltà di attribuire ai loro giudici, quando questi annullano una decisione che rigetta una domanda reiterata in quanto inammissibile, il potere di decidere su tale domanda, senza dover rinviare l'esame all'autorità accertante. Unica condizione è che i giudici rispettino le garanzie previste dal capo II della direttiva 2013/32/UE.

Corte di giustizia, sentenza del 22 febbraio 2024, causa C-491/21, *Dirrecția pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date*

**Categoria:** Cittadinanza

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Articolo 21, paragrafo 1, TFUE – Articolo 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Articolo 4, direttiva 2004/38/CE – Rilascio della carta d'identità – Parità di trattamento

**Fatto:** Un avvocato rumeno, domiciliato in Francia, esercitava le sue attività professionali sia in Francia che in Romania dal 2014. Nel 2017, egli chiedeva alle autorità rumene di rilasciargli la carta di identità valida per l'espatrio, in formato semplice o elettronico, al fine di spostarsi in Francia. Tale domanda, tuttavia, veniva respinta in ragione del fatto che lo stesso risultava domiciliato all'estero. Ritenendo che la sentenza della Corte d'appello di

Bucarest violasse svariate disposizioni del TFUE, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della direttiva 2004/38, l'interessato proponeva ricorso dinanzi all'Alta Corte di cassazione e di giustizia, la quale sollevava rinvio pregiudiziale.

**Esito/punto di diritto:** La Corte di giustizia afferma che il rifiuto di uno Stato membro di rilasciare a un proprio cittadino, in aggiunta al passaporto, la carta d'identità valida per l'espatrio per il solo motivo che questi è domiciliato in un altro Stato membro, è contrario all'art. 21 TFUE e all'art. 45, par.1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, della direttiva 2004/38/CE. La normativa rumena in materia di rilascio di documenti validi per l'espatrio determina una disparità di trattamento tra i cittadini rumeni domiciliati all'estero, ivi incluso in un altro Stato membro, e quelli domiciliati in Romania: solamente chi ha il domicilio in Romania può ottenere il rilascio di due documenti validi per l'espatrio.

Corte di giustizia, sentenza del 29 febbraio 2024, causa C-222/22, *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Direttiva 2011/95/UE – Articolo 5, paragrafo 3 – Persecuzione per motivi religiosi – Bisogno di protezione *sur place* – Abuso

**Fatto:** Un cittadino iraniano, dopo un primo rigetto della domanda di asilo, presentava una nuova domanda di protezione internazionale in Austria. Questi adduceva, a motivo della ripresentazione dell'istanza, la sua conversione al cristianesimo dopo la partenza dal paese di origine e, dunque, il rischio, in caso di rimpatrio, di persecuzione per motivi religiosi. Le autorità competenti riconoscevano all'interessato la protezione sussidiaria, ma non lo *status* di rifugiato: il diritto austriaco, infatti, subordina il riconoscimento dello *status* di rifugiato, a seguito di una domanda reiterata, alla condizione che la nuova circostanza da cui origina il timore di persecuzione consista in attività (di natura politica o religiosa) frutto di convinzioni od orientamenti già manifestati nel paese di origine. La Corte amministrativa austriaca, adita dal cittadino iraniano, ha sollevato rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, al fine di verificare la compatibilità di tale condizione con la direttiva 2011/95/UE.

**Esito/punto di diritto:** La Corte dichiara che l'art. 5, par. 3, della direttiva 2011/95/UE non consente agli Stati membri di stabilire una presunzione secondo cui qualsiasi domanda reiterata, basata su circostanze che il richie-

dente ha creato con la propria azione dopo aver lasciato il paese d’origine, possa essere considerata, *a priori*, il risultato dell’intenzione di abusare o di strumentalizzare la procedura di riconoscimento della protezione internazionale (presunzione che spetta a tale richiedente confutare). Se, alla luce di un esame individuale della domanda, conforme all’art. 4, par. 3, della direttiva qualifiche, si constata che l’interessato ha dimostrato in modo credibile di essersi convertito «per intima convinzione» e di praticare attivamente tale religione, ciò consente di escludere l’esistenza di un’intenzione di strumentalizzazione della procedura. Diversamente, se viene accertata una siffatta intenzione abusiva, è possibile negare il riconoscimento dello *status* di rifugiato, pur a fronte del timore fondato di persecuzione per motivi religiosi nel paese d’origine. In tal caso, però, l’interessato dovrà comunque beneficiare della protezione garantita dalla Convenzione di Ginevra, in ottemperanza al principio di non respingimento.

Corte di giustizia, sentenza del 29 febbraio 2024, causa C-392/22, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*

**Categoria:** Frontiere, Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Regolamento (UE) n. 604/2013 – Trasferimenti – Reciproca fiducia – Rischio di violazioni sistematiche dei diritti fondamentali – Respingimenti

**Fatto:** X, un cittadino siriano, dopo aver presentato una domanda di protezione internazionale in Polonia, avanzava una seconda domanda di protezione internazionale nei Paesi Bassi. Il Segretario di Stato olandese dava dunque atto di non prendere in esame la domanda di asilo presentata da X, con la motivazione che la Polonia era competente per l’esame di tale domanda. X adiva il Tribunale olandese competente, chiedendo l’annullamento della decisione di trasferimento verso la Polonia, in ragione delle violazioni dei diritti fondamentali perpetrate nei suoi confronti dalle autorità polacche (tra cui l’essere stato vittima di un respingimento sommario verso la Bielorussia). Il Tribunale, considerando che informazioni oggettive, attendibili, precise e adeguatamente aggiornate dimostrano che la Polonia viola in maniera sistematica, da diversi anni, i diritti fondamentali dei cittadini di paesi terzi che entrano illegalmente nel suo territorio (con respingimenti sommari, uso della violenza e detenzioni sistematiche), sollevava rinvio pregiudiziale al fine di ottenere chiarimenti in merito al principio di reciproca fiducia tra Stati membri con riferimento ai trasferimenti disciplinati dal regolamento di Dublino.

**Esito/punto di diritto:** La Corte afferma che, di per sé, il fatto che lo

Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale di un cittadino di un paese terzo abbia proceduto, nei confronti di tali cittadini che cercano di presentare una siffatta domanda alla sua frontiera, a respingimenti sommari nonché a trattenimenti ai suoi valichi di frontiera non osta, di per sé, al trasferimento di detto cittadino verso tale Stato membro. Invece, il trasferimento di detto cittadino verso tale Stato membro deve essere escluso qualora sussistano motivi seri e comprovati di ritenere che egli potrebbe incorrere, al momento del trasferimento o in seguito ad esso, nel rischio reale di essere sottoposto a pratiche che possano essere assimilate a un trattamento inumano o degradante, vietato dall'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Lo Stato membro che ha sollecitato la ripresa in carico di un richiedente protezione internazionale da parte dello Stato membro competente è tenuto, prima di poter procedere al trasferimento, ad adempiere ai seguenti obblighi: a) prendere in considerazione tutte le informazioni fornitegli dall'interessato per valutare la sussistenza del rischio di violazione dell'art. 4 della Carta, in caso di trasferimento; b) cooperare all'accertamento dei fatti e/o verificarne la realtà; c) astenersi dal procedere al trasferimento qualora vi siano motivi seri e comprovati di ritenere che esista un rischio reale di violazione dell'art. 4 della Carta; d) chiedere allo Stato membro competente garanzie individuali e procedere al trasferimento solo qualora tali garanzie siano fornite e appaiano attendibili e sufficienti a escludere qualsiasi rischio reale di trattamenti inumani o degradanti.

\* \* \* \* \*

### **Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo**

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 febbraio 2024, *J.A. e A.A. c. Turchia*, ric. n. 80206/17

**Categoria:** Frontiere, Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 2 CEDU – Art. 3 CEDU – Espulsione – Iraq – Mancata valutazione adeguata del rischio

**Fatto:** I ricorrenti sono cittadini iracheni, marito e moglie, giunti in Turchia nel 2014 assieme ai loro quattro figli, a seguito del bombardamento della loro casa in Iraq da parte dell'Isis. Chiedevano il permesso di soggiorno ma, convocati dalla polizia di Istanbul, venivano arrestati e fatti destinatari di un ordine di espulsione. Le loro domande di asilo venivano respinte. I ricorrenti contestavano tale diniego percorrendo – senza successo – i canali di giustizia disponibili a livello interno, compresa la Corte costituzionale tur-

ca. Davanti alla Corte di Strasburgo, lamentano che la loro deportazione in Iraq senza un'adeguata valutazione delle richieste di asilo costituirebbe una violazione dei loro diritti ai sensi degli articoli 2 e 3 della CEDU.

**Esito/punto di diritto:** La Corte ribadisce l'obbligo degli Stati, in caso di espulsione di un cittadino straniero, di valutare adeguatamente il rischio per la sicurezza e l'incolumità di quest'ultimo nel paese di destinazione, conducendo un esame rigoroso della domanda di asilo in questione. Osserva, al riguardo, che il governo turco non ha dimostrato che le competenti autorità nazionali avessero esaminato adeguatamente la richiesta di protezione avanzata dai ricorrenti ai sensi e ai fini degli artt. 2 e 3 CEDU. In particolare, tanto il Tribunale amministrativo di Istanbul, quanto la Corte costituzionale, hanno mancato di considerare adeguatamente le affermazioni dei ricorrenti circa i seri motivi di timore di persecuzione su base individuale in caso di deportazione in Iraq, così come, più in generale, la situazione in Iraq all'epoca dei fatti. La Corte conclude, pertanto, che l'allontanamento dei ricorrenti comporterebbe una violazione degli articoli 2 e 3 della Convenzione.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 febbraio 2024, *U. c. Francia*, ric. n. 53254/20

**Categoria:** Frontiere

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 3 CEDU – Minaccia terroristica – Espulsione – Cecenia – Mancata dimostrazione di un rischio individuale

**Fatto:** Il ricorrente è un cittadino russo di origine cecena giunto in Francia nel 2009 dove, nel 2012, otteneva lo *status* di rifugiato. A seguito di una condanna penale, nel 2016 l'Ufficio francese per la protezione dei rifugiati e degli apolidi (OFPRA) revocava lo *status* di rifugiato a causa della grave minaccia alla sicurezza nazionale rappresentata dalla sua presenza in Francia. La decisione veniva confermata dal Tribunale nazionale dell'asilo (CNDA) nel 2019. Davanti alla Corte di Strasburgo, il ricorrente, fatto destinatario di un ordine di espulsione verso la Russia, lamenta una violazione dell'art. 3 CEDU in caso di esecuzione del provvedimento di allontanamento.

**Esito/punto di diritto:** La Corte considera che la situazione in Cecenia, all'epoca dei fatti, non fosse tale per cui un eventuale ritorno in Russia del ricorrente costituisse una violazione dell'art. 3 CEDU. Questi, in particolare, avrebbe dovuto dimostrare l'esistenza di seri motivi per ritenere che, se rimpatriato, sarebbe stato esposto al rischio di trattamenti contrari alla disposizione convenzionale citata. Nel caso di specie, la Corte constata che le autorità francesi avevano effettuato un esame completo e approfondito della



situazione del ricorrente. Conclude, pertanto, che l'esecuzione dell'ordine di allontanamento non comporterebbe una violazione dell'art. 3 CEDU.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 22 febbraio 2024, *M.H. e S.B. c. Ungheria*, ric. nn. 10940/17 e 15977/17

**Categoria:** Frontiere, Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 5 CEDU – Ungheria – Richiedenti asilo minorenni – Detenzione – Accertamento dell'età

**Fatto:** I casi riguardano la detenzione in Ungheria di due ricorrenti (di nazionalità, rispettivamente, afghana e pakistana), minorenni all'epoca dei fatti. Entrati in Ungheria nel 2016 e inizialmente dichiaratisi maggiorenni, chiedevano successivamente l'accertamento della loro età, affermando di essere invece minori. I ricorrenti introducevano quindi domanda di asilo, ma venivano raggiunti da un ordine di espulsione e posti in stato di detenzione. L'Ufficio per l'Immigrazione e la Nazionalità (OIN) rifiutava di effettuare una valutazione dell'età, poiché i ricorrenti avevano inizialmente dichiarato di essere adulti. Successivamente, veniva accertata l'effettiva minore età dei ricorrenti, che poneva fine al loro stato di detenzione. I ricorrenti chiedono alla Corte di Strasburgo di dichiararne la contrarietà all'art. 5 CEDU.

**Esito/punto di diritto:** la Corte dichiara che l'Ungheria ha violato l'art. 5, par. 1, CEDU per quanto riguarda la detenzione dei due ricorrenti durante specifici intervalli di tempo nell'estate 2016, segnatamente, a partire da quando gli stessi avevano informato le autorità ungheresi della loro minore età. Sottolinea che l'estrema vulnerabilità del soggetto minore ha la precedenza su considerazioni relative al suo *status* di migrante irregolare. Su questa premessa, la Corte ritiene che le autorità ungheresi non abbiano agito tempestivamente e nel dovuto rispetto dell'interesse superiore dei minori ricorrenti. La loro detenzione, dopo la dichiarazione circa la minore età, non è stata effettuata in buona fede, risultando arbitraria e, in ultima analisi, contraria all'art. 5, par. 1, CEDU.

\* \* \* \* \*

### **Giurisprudenza nazionale**

Corte di Cassazione, ordinanze interlocutorie dell'8 febbraio 2024, n. 3562 e n. 3563

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Articoli 8 e 9 della direttiva 2013/33/UE – Articolo 6-*bis* del d.lgs. n. 142/2015 – Trattenimento – Misura alternativa – Ragionevolezza e proporzionalità

**Fatto:** Il Tribunale di Catania non convalidava il provvedimento di trattenimento emesso ai sensi dell’art. 6-*bis* del d.lgs. n. 142/2015 dal Questore della Provincia di Ragusa nei confronti di un cittadino proveniente da un paese designato di origine sicuro ai sensi dell’art. 2-*bis* del d.lgs. n. 25 del 2008, entrato nel territorio dello Stato dalla frontiera di Lampedusa. Il Tribunale motivava la mancata convalida ritenendo che l’art. 6-*bis* del d.lgs. n. 142/2015 fosse in contrasto con il diritto UE e disapplicando, conseguentemente, la disposizione nazionale. Il Ministero dell’Interno e il Questore proponevano dunque ricorso avverso il provvedimento del Tribunale dinanzi alla Corte di Cassazione.

**Esito/punto di diritto:** La Corte di Cassazione solleva rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, al fine di chiarire l’interpretazione degli articoli 8 e 9 della direttiva 2013/33/UE, tenuto conto altresì dei fini desumibili dai suoi considerando 15 e 20. La Corte dubita della compatibilità con le disposizioni richiamate dell’art. 6-*bis* del d.lgs. n. 142/2015, che contempla, quale misura alternativa al trattenimento del richiedente (il quale non abbia consegnato il passaporto o altro documento equipollente): a) la prestazione di una garanzia finanziaria il cui ammontare è stabilito in misura fissa (da versare individualmente, mediante fideiussione bancaria o polizza fideiussoria assicurativa), anziché in misura variabile; b) l’impossibilità di consentire alcun adattamento dell’importo di suddetta garanzia alla situazione individuale del richiedente, ovvero la possibilità di costituire la garanzia stessa mediante intervento di terzi (anche nell’ambito di forme di solidarietà familiare). I giudici si domandano se siffatte modalità siano tali da ostacolare – nei fatti – la fruizione della misura alternativa da parte di chi non disponga di risorse adeguate, nonché da precludere l’adozione di una decisione motivata che valuti caso per caso la ragionevolezza e la proporzionalità di una siffatta misura in relazione alla situazione del richiedente medesimo.

Corte costituzionale, sentenza del 14 febbraio 2024, n. 15

**Categoria:** Immigrazione

**Parole chiave/Norme rilevanti:** D.P.R. del 13 luglio 2016, n. 144 – Articolo 29, co. 1-*bis*, della L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 1/2016 – Articolo 11, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2003/109/CE – Discriminazione – Conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato

**Fatto:** La Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia proponeva conflitto di attribuzione al fine di accertare che non spettava allo Stato, e per esso al Tribunale ordinario di Udine, in funzione di giudice del lavoro, adottare l’ordinanza che ha imposto alla Regione, nell’ambito di un’azione civile con-

tro la discriminazione per motivi di nazionalità, di modificare il D.P.R. del 13 luglio 2016, n. 144 – in ragione di un contrasto con l'art. 11, par. 1, lett. d), della direttiva 2003/109/CE – «nella parte che prevede per i cittadini extracomunitari soggiornanti di lungo periodo requisiti o modalità diverse rispetto a quelli previsti per i cittadini comunitari per attestare l'impossidenza di alloggi in Italia e all'estero e garantendo invece che i cittadini comunitari e quelli extracomunitari soggiornanti di lungo periodo possano documentare allo stesso modo l'impossidenza di cui all'art. 9, comma 2 lett. C)» dello stesso regolamento (al fine di avere accesso ad alloggi di residenza pubblica). In un parallelo giudizio antidiscriminatorio, un altro giudice del medesimo Tribunale di Udine sollevava questioni di legittimità costituzionale dell'art. 29, comma 1-*bis*, della L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 1 del 2016, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost. – quest'ultimo in relazione all'art. 11 della direttiva 2003/109/CE.

**Esito/punto di diritto:** La Corte costituzionale dichiara la fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 29, co. 1-*bis*, della L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 1 del 2016, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 11, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2003/109/CE. In tal senso, richiama la sentenza n. 9 del 2021, con cui la stessa Corte ha già avuto modo di osservare che l'onere documentale circa l'attestazione dell'impossidenza di alloggi in Italia e all'estero imposto ai cittadini extra UE soggiornanti di lungo periodo, qual requisito necessario per avere accesso agli alloggi pubblici, «risulta in radice irragionevole (...) per la palese irrilevanza e per la pretestuosità del requisito che mira a dimostrare». La Corte riconosce che l'onere documentale di cui alla disposizione censurata è, d'altra parte, manifestamente in contrasto anche con l'art. 11, par. 1, lett. d), della direttiva 2003/109/CE, nell'ambito della cui attuazione gli Stati membri devono rispettare i diritti e i principi previsti dalla Carta, tra cui «il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa destinate a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti» (art. 34). Quanto al conflitto di attribuzione, la Corte riconosce che, nel giudizio antidiscriminatorio, il giudice ordinario, oltre a poter adottare rimedi riguardanti la lesione attuale e immediata del fatto (accertamento del carattere discriminatorio del comportamento, condanna al risarcimento del danno non patrimoniale, ordine di cessazione della medesima discriminazione e adozione di provvedimenti tesi a rimuoverne gli effetti), ha il potere di agire anche in ottica preventiva, potendo ordinare la modifica di un regolamento al fine di evitare in futuro il ripetersi della discriminazione. Ed è proprio per tale ragione che il legislatore ha previsto che siano legittimati ad agire per il riconoscimento della sussistenza di una discriminazione anche «le

associazioni e gli enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro per le pari opportunità ed individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione» (art. 5, co. 1, del d.lgs. n. 215/2003). Tuttavia, la Corte precisa che quando detta discriminazione trova origine diretta nella legge, il giudice è tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale della stessa, per evitare che l'amministrazione sia costretta ad adottare atti regolamentari confliggenti con la legge non rimossa. Ciò vale anche qualora, come nel caso in esame, la normativa nazionale sia ritenuta in contrasto con il diritto UE.



FORUM “IMMIGRAZIONE, FRONTIERE E ASILO” (IFA)  
AGGIORNAMENTI SULLA GIURISPRUDENZA

Bollettino mensile n. 3 – marzo 2024

A cura di Erika Colombo e Francesco Luigi Gatta  
Coordinamento scientifico: Daniela Vitiello

**In questo numero:**

<b>Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea</b>	497
Corte di giustizia, sentenza del 14 marzo 2024, causa C-752/22, <i>EP</i>	497
Corte di giustizia, sentenza del 21 marzo 2024, causa C-61/22, <i>Landeshauptstadt Wiesbaden</i>	498
<b>Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo</b>	499
Corte europea dei diritti dell’uomo, decisione (radiazione dal ruolo), <i>M.A. e altri c. Grecia</i> , ric. n. 16865/20	499
Corte europea dei diritti dell’uomo, decisione (radiazione dal ruolo), <i>H.N. c. Regno Unito</i> , ric. n. 29084/22	500
Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 19 marzo 2024, <i>K.J. e altri c. Russia</i> , ric. nn. 27584/20 e 39768/20	501
<b>Giurisprudenza nazionale</b>	502
Tribunale di Firenze, Sez. IV Civile, decreto dell’11 marzo 2024	502
Tribunale di Roma, Sez. XVIII Civile, decreto del 12 marzo 2024	503
Tribunale di Roma, Sez. XVIII Civile, decreto del 12 marzo 2024	504

**Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea**

Corte di giustizia, sentenza del 14 marzo 2024, causa C-752/22, *EP*

**Categoria:** Immigrazione

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Direttiva 2003/109/CE – Articoli 12 e 22 – Secondo Stato membro – Pericolo per l’ordine pubblico e la pubblica sicurezza – Tutela rafforzata contro l’allontanamento

**Fatto:** EP, un cittadino russo titolare di un permesso di soggiorno per soggiornante di lungo periodo, rilasciato dalla Repubblica di Estonia, veniva allontanato dalla Finlandia verso l’Estonia una prima volta nel febbraio 2017, poi nel marzo 2017, successivamente nel novembre 2018 e una quarta volta nel luglio 2019. In quest’ultima occasione, gli veniva imposto un divieto di reingresso in Finlandia per un periodo di quattro anni. Successivamen-

te, con decisione del 19 novembre 2019, EP veniva espulso dalla Finlandia verso il suo paese d'origine, la Federazione russa, in quanto considerato un pericolo per l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza della Finlandia. Tale decisione veniva impugnata dall'interessato dinanzi al Tribunale amministrativo di Helsinki e, successivamente, dinanzi alla Corte amministrativa suprema finlandese. Quest'ultima sollevava rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, per ottenere chiarimenti in merito all'interpretazione degli articoli 12, paragrafi 1 e 3 e 22, par. 3. della direttiva 2003/109.

**Esito/punto di diritto:** La Corte afferma che la tutela rafforzata contro l'allontanamento di cui godono, in forza dell'art. 22, par. 3, della direttiva 2003/109/CE, i cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo è applicabile nell'ambito dell'adozione, da parte del secondo Stato membro (ossia «qualsiasi Stato membro, diverso da quello che per primo ha conferito lo status di soggiornante di lungo periodo al cittadino di paese terzo, nel cui territorio il soggiornante di lungo periodo esercita il diritto di soggiorno»), di una decisione di allontanamento dal territorio dell'Unione europea, adottata per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. E ciò anche qualora tale cittadino di paese terzo soggiorni nel territorio del secondo Stato membro in violazione di un divieto d'ingresso in tale territorio e non abbia presentato, alle autorità competenti di detto Stato membro, una domanda di permesso di soggiorno ai sensi delle disposizioni del capo III della citata direttiva. Dunque, un cittadino di un paese terzo nei cui confronti un secondo Stato membro intenda adottare una decisione di allontanamento dal territorio dell'Unione europea per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, può invocare la tutela rafforzata di cui agli articoli 12, par. 3 e 22, par. 3, della direttiva 2003/109.

Corte di giustizia, sentenza del 21 marzo 2024, causa C-61/22, *Landeshauptstadt Wiesbaden*

**Categoria:** Immigrazione, Cittadinanza

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Regolamento (UE) 2019/1157 – Validità – Base giuridica – Impronte digitali – Tutela dei dati personali

**Fatto:** Un cittadino tedesco chiedeva alla città di Wiesbaden il rilascio di una nuova carta d'identità, poiché il chip elettronico della sua vecchia carta era difettoso. Chiedeva, in particolare, che la nuova carta non contenesse le sue impronte digitali. La città di Wiesbaden respingeva tale domanda, argomentando che: *a)* l'interessato non aveva diritto al rilascio di una nuova carta d'identità dal momento che era già in possesso di un documento d'identità valido (anche se con chip difettoso); *b)* l'inserimento di



due impronte digitali nel supporto di memorizzazione delle carte d'identità doveva considerarsi obbligatoria ai sensi dell'art. 3, par. 5, del Regolamento (UE) 2019/1157. L'interessato proponeva dunque ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo, il quale chiedeva alla Corte di giustizia di verificare la validità del regolamento citato.

**Esito/punto di diritto:** La Corte afferma che il Regolamento (UE) 2019/1157, imponendo l'obbligo di inserire due impronte digitali complete nel supporto di memorizzazione delle carte d'identità, comporta una limitazione dei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale, garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tuttavia, constata altresì come tale inserimento sia giustificato dalle finalità di interesse generale di lotta contro la fabbricazione di carte d'identità false e contro l'usurpazione d'identità, nonché di garanzia dell'interoperabilità dei sistemi di verifica. Dunque, ritenendo che tale regolamento sia idoneo e necessario alla realizzazione di tali finalità, nonché non sproporzionato rispetto al raggiungimento di queste ultime, lo considera «una misura (...) fondata su una ponderazione equilibrata tra, da un lato, tali finalità e, dall'altro, i diritti fondamentali coinvolti» (punto 123). In ogni caso, la Corte ne accerta l'invalidità, ritenendo che lo stesso sia stato adottato su una base giuridica errata – l'art. 21, par. 2, TFUE –, anziché sulla base dell'art. 77, par. 3, TFUE e, di conseguenza, secondo una procedura legislativa errata – la procedura ordinaria –, anziché una procedura legislativa speciale che imponga, in particolare, l'unanimità in seno al Consiglio. Stabilisce quindi gli effetti del regolamento siano mantenuti fino all'entrata in vigore, entro un termine ragionevole che non può eccedere i due anni a decorrere dal 1° gennaio dell'anno successivo alla data di pronuncia della presente sentenza, di un nuovo regolamento, fondato sull'articolo 77, paragrafo 3, TFUE, diretto a sostituirlo.

\* \* \* \* \*

### **Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo**

Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione (radiazione dal ruolo), *M.A. e altri c. Grecia*, ric. n. 16865/20

**Categoria:** Asilo, Immigrazione

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 3 CEDU – Art. 13 CEDU – Siriani – Isole greche – Condizioni di accoglienza

**Fatto:** Il ricorso riguardava le condizioni di vita e gli standard di cure mediche di tre cittadini siriani alloggiati rispettivamente presso strutture di

accoglienza per migranti nelle isole di Chios, Lesbo e Samos, nonché in un appartamento designato dalle autorità greche nella città di Ioannina. I ricorrenti sostenevano che le loro condizioni di vita erano inadeguate, anche alla luce dell'esigenza di ricevere assistenza medica. Lamentavano, al riguardo, una violazione degli articoli 3 e 8 CEDU, nonché dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 3 CEDU.

**Esito/punto di diritto:** Poiché i ricorrenti hanno informato la Corte che non intendevano proseguire con il loro ricorso, questa ha deciso all'unanimità di cancellare il ricorso dal ruolo *ex art.* 37, par. 1, lett. a), CEDU.

Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione (radiazione dal ruolo), *H.N. c. Regno Unito*, ric. n. 29084/22

**Categoria:** Frontiere

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 3 CEDU – Art. 39 Regolamento di procedura della Corte – Espulsione – Accordo Regno Unito-Ruanda – Alta Corte britannica

**Fatto:** Nel giugno 2022, il ricorrente aveva introdotto un ricorso alla Corte EDU con contestuale richiesta di misura cautelare per impedire la sua deportazione in Ruanda ai sensi del *memorandum* d'intesa siglato dal Regno Unito con tale paese. La Corte aveva accolto la richiesta. Successivamente, il ricorrente, insieme ad altri richiedenti asilo, aveva avviato un procedimento per contestare sia la decisione di espulsione in Ruanda, sia, più in generale, l'accordo di partenariato in materia di asilo tra detto paese e il Regno Unito. Il 19 dicembre 2022, l'Alta Corte britannica emetteva una sentenza nella quale riteneva legittimo il *memorandum*, ma considerava illegittime le modalità con cui il Ministero dell'Interno aveva proceduto in una serie di casi individuali di espulsione di richiedenti asilo, tra cui quello del ricorrente. Pertanto, annullava la decisione individuale riguardante il ricorrente e concludeva che, se il Ministero dell'Interno avesse voluto attuare nuovamente un'espulsione ai sensi dell'intesa bilaterale, avrebbe dovuto prima riesaminare la decisione presa nei suoi confronti. Infine, con un'ordinanza emessa il 16 gennaio 2023, l'Alta Corte annullava formalmente la decisione individuale nel caso del ricorrente.

**Esito/punto di diritto:** Il rappresentante del ricorrente ha informato la cancelleria della Corte di aver perso i contatti con esso, e di non essere a conoscenza della sua attuale situazione e luogo di dimora. Ha chiesto alla Corte, nondimeno, di mantenere l'esame del ricorso alla luce della persistente situazione di rischio per i diritti tutelati dalla CEDU. La Corte, all'unanimità, decide di radiare il ricorso dal ruolo delle cause alla luce della perdita di contatti tra il ricorrente e il proprio rappresentante, nonché in conside-

razione del fatto che il ricorrente non può essere trasferito in Ruanda senza che venga adottata una nuova decisione da parte delle autorità britanniche. Conclude, tuttavia, precisando che, in caso di nuova decisione di espulsione, il ricorrente ha facoltà di rivolgersi alla Corte.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 marzo 2024, *K.J. e altri c. Russia*, ric. nn. 27584/20 e 39768/20

**Categoria:** Frontiere

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 2 CEDU – Art. 3 CEDU – Russia – Corea del Nord – Espulsione

**Fatto:** I ricorrenti sono due cittadini della Repubblica popolare democratica di Corea (Corea del Nord), K.J. e C.C., e l'Istituto per i diritti umani, una ONG che rappresenta S.K., un altro cittadino della Corea del Nord. K.J. e C.C. venivano arrestati nelle acque territoriali russe, giudicati colpevoli di pesca illegale e condannati a due anni di reclusione in Russia. Successivamente ne veniva ordinata la deportazione. Infine, nel 2022, lasciavano la Russia recandosi in Corea del Sud. Quanto a S.K., egli, arrivato in Russia come studente, aveva introdotto domanda di asilo, a tal fine rivolgendosi all'UNHCR per ricevere assistenza. Per questo, veniva perseguito dalle autorità nordcoreane e, arrestato dalla polizia russa, veniva consegnato alle autorità consolari della Corea del Nord.

**Esito/punto di diritto:** La Corte ritiene non più giustificato proseguire l'esame dei ricorsi quanto ai ricorrenti K.J. e C.C., gli stessi essendo in Corea del Sud e fuori pericolo. Decide, pertanto, per la cancellazione dal ruolo delle cause dei loro ricorsi per violazione degli artt. 2 e 3 CEDU. Per quanto riguarda S.K., dall'esame di rapporti e materiali di rilevanti organismi internazionali, la Corte deduce che egli correva un grave rischio di essere sottoposto a pena di morte e tortura se rimpatriato nella Corea del Nord. Ritiene, al riguardo, che le autorità russe non avevano intrapreso alcuna iniziativa significativa per esaminare i rischi per S.K. in caso di sua espulsione. Riscontra, pertanto, una violazione degli artt. 2 e 3 della CEDU. La Corte dichiara altresì una violazione dell'art. 5, par. 1, CEDU, a proposito della detenzione e dell'arresto subiti da S.K. da parte della polizia russa, poiché tali condotte avevano avuto luogo manifestamente al di fuori di qualsiasi base giuridica. Inoltre, poiché egli non aveva avuto possibilità di accedere a un controllo giurisdizionale effettivo circa la legittimità della sua detenzione, la Corte riscontra anche una violazione dell'art. 5, par. 4 della CEDU.

\* \* \* \* \*

**Giurisprudenza nazionale**

Tribunale di Firenze, Sez. IV Civile, decreto dell'11 marzo 2024

**Categoria:** Asilo**Parole chiave/Norme rilevanti:** Regolamento (UE) 604/2013 – Clausola discrezionale – Poteri del giudice nazionale – Sindacato pieno – Protezione complementare

**Fatto:** Un richiedente protezione internazionale, cittadino pakistano, impugnava una decisione di trasferimento verso l'Austria, paese nel quale aveva già presentato domanda di asilo. A fondamento del ricorso adduceva il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti a causa delle carenze sistemiche nella procedura di asilo e delle condizioni di accoglienza esistenti in Austria, nonché la violazione degli artt. 4 e 5 del Regolamento (UE) 604/2013, non essendogli stata garantita un'effettiva e consapevole partecipazione alla procedura di determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la sua istanza di protezione internazionale.

**Esito/punto di diritto:** Il Tribunale richiama quanto statuito dalla Corte di giustizia nella pronuncia resa il 30 novembre 2023 nelle cause riunite C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 e C-328/21, esaminando, in particolare, quanto affermato dai giudici europei con riferimento alla possibilità per un giudice nazionale di attivare la clausola di solidarietà prevista dall'art. 17 del Regolamento (UE) 604/2013. Sul punto, la Corte di giustizia ha affermato che «l'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, in combinato disposto con l'articolo 27 di tale regolamento nonché con gli articoli 4, 19 e 47 della Carta, deve essere interpretato nel senso che esso non impone al giudice dello Stato membro richiedente di dichiarare tale Stato membro competente qualora non condivida la valutazione dello Stato membro richiesto quanto al rischio di *refoulement* dell'interessato». Da tale statuizione, il Tribunale di Firenze desume che, se è vero che il giudice nazionale non ha un obbligo derivante dal diritto UE di attivare la clausola di solidarietà, allo stesso tempo, però, ne ha la facoltà. In particolare, è la non condivisione della valutazione svolta dalle autorità amministrative dello Stato membro formalmente competente ad esaminare una domanda di asilo quanto al rischio di *refoulement* dell'interessato a costituire la condizione necessaria in presenza della quale il diritto UE riconosce al giudice nazionale la facoltà di dare applicazione alla clausola di solidarietà. Pertanto, il sindacato del giudice non potrà limitarsi ad un controllo di mera legalità, ma si estenderà alla valutazione dei presupposti della protezione. E, in quest'ottica, sostiene

il Tribunale, «non può prescindere, né risulta averlo fatto mai la Corte di Giustizia UE, dall'esistenza di forme di protezione nazionale che si affiancano alla protezione internazionale di origine UE e che gli Stati membri sono ugualmente tenuti a riconoscere in ragione degli obblighi in capo ad essi esistenti in forza del diritto internazionale e – come è il caso dell'ordinamento italiano – costituzionale». Nel caso dell'Italia, l'ordinamento nazionale prevede una forma di protezione nazionale – la protezione speciale – derivante da obblighi costituzionali ed internazionali, che si affianca alla protezione internazionale di origine UE; dunque, il Tribunale ritiene di dover deliberare se, nel caso di specie, l'interessato abbia – almeno astrattamente – diritto ad accedere a tale forma di protezione complementare (pur senza poterla riconoscere). Dando una risposta affermativa a tale quesito, il Tribunale decide di attivare la clausola di solidarietà di cui all'articolo 17 citato e afferma la competenza dell'Italia ad esaminare la domanda di asilo del ricorrente.

Tribunale di Roma, Sez. XVIII Civile, decreto del 12 marzo 2024

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Articolo 3, paragrafo 2, Regolamento (UE) 604/2013 – Articolo 4, Carta dei diritti fondamentali – Carenze sistemiche – Sistema di asilo – Austria

**Fatto:** Un richiedente protezione internazionale impugnava il provvedimento con cui l'Unità Dublino disponeva il suo trasferimento in Austria, a seguito di richiesta di ripresa in carico accolta dalle autorità austriache. In particolare, la difesa dell'interessato censurava il provvedimento di trasferimento per la mancata traduzione dello stesso in una lingua a lui comprensibile, la violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 5 del Regolamento (UE) 604/2013, nonché dell'art. 3, par. 2 del citato regolamento, in combinato disposto con l'art. 3 CEDU e l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

**Esito/punto di diritto:** Il Tribunale accoglie il ricorso in applicazione dell'art. 3, par. 2 del Regolamento (UE) 604/2013, constatando l'esistenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in Austria e, dunque, il rischio per il richiedente protezione internazionale di essere in tale paese sottoposto a trattamenti inumani e degradanti. A sostegno di ciò, il giudice ha richiamato numerose fonti di informazione internazionali, che evidenziano le criticità del sistema di accoglienza austriaco (soprattutto con riferimento alle esigenze specifiche delle persone vulnerabili), gli ostacoli esistenti all'accesso al territorio austriaco (si fa riferimento a presunti rimpatri sommari) e alla registrazione delle

domande di asilo (che implicano tempi di attesa molto lunghi), nonché le problematiche strettamente inerenti il corretto svolgimento delle procedure di esame delle domande di asilo.

Tribunale di Roma, Sez. XVIII Civile, decreto del 12 marzo 2024

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Regolamento (UE) 604/2013 – Competenza – Clausola discrezionale – Tempo – Celerità della procedura

**Fatto:** Un richiedente protezione internazionale impugnava il provvedimento con cui l'Unità Dublino disponeva il suo trasferimento in Francia, dove lo stesso aveva già presentato una domanda di asilo. La difesa dell'interessato evidenziava che il provvedimento di trasferimento era stato adottato in violazione del «principio del diritto di informazione e di partecipazione nell'ambito del procedimento Dublino III» e che, in ogni caso, era in contrasto con il principio di *non refoulement* indiretto. Infatti, dal momento che la Francia ha già respinto la domanda di asilo promossa dall'interessato, il trasferimento avrebbe avuto come conseguenza certa un suo rimpatrio in Afghanistan, paese nel quale sarebbe stato esposto a un rischio di danno grave per la sua incolumità.

**Esito/punto di diritto:** Il Tribunale afferma che, nel caso di specie, la competenza dell'Italia ad esaminare la domanda di asilo del ricorrente deve considerarsi radicata in ragione dell'eccessiva durata del giudizio, determinata dall'attesa della definizione della questione pregiudiziale sollevata dallo stesso Tribunale di Roma in relazione all'art. 17 del Regolamento (UE) 604/2013 e definita dalla Corte di giustizia con sentenza del 30 novembre 2023, cause riunite C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 e C-328/21. Il giudice sostiene che la lunga durata del procedimento verificatasi nel caso di specie sia in contrasto con l'esigenza di una celere individuazione dell'autorità competente ad esaminare una domanda di asilo, che emerge dalla normativa di riferimento (si vedano gli articoli da 20 a 25 del Regolamento UE n. 604/2013), nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. Corte di giustizia, sentenza del 25 ottobre 2017, causa C-201/16, Majid Shiri). Dunque, «in funzione recuperatoria della finalità (...) di un rapido esame delle domande di asilo», applica la clausola discrezionale di cui all'art. 17 del Regolamento (UE) 604/2013 e dichiara la competenza dell'Italia ad esaminare la domanda di asilo del ricorrente.

FORUM “IMMIGRAZIONE, FRONTIERE E ASILO” (IFA)  
AGGIORNAMENTI SULLA GIURISPRUDENZA

Bollettino mensile n. 4 – aprile 2024

A cura di Erika Colombo e Francesco Luigi Gatta

Coordinamento scientifico: Daniela Vitiello

**In questo numero:**

<b>Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea</b>	505
Corte di giustizia, sentenza del 18 aprile 2024, causa C-359/22, <i>Minister for Justice (Clause discrétionnaire – Recours)</i>	505
Corte di giustizia, sentenza del 25 aprile 2024, cause riunite C-420/22, NW e C-528/22, PQ	507
Corte di giustizia, sentenza del 25 aprile 2024, cause riunite da C-684/22 a C-686/22, <i>Stadt Duisburg</i>	508
<b>Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo</b>	508
Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 4 aprile 2024, <i>Sherov e altri c. Polonia</i> , ric. nn. 54029/17 e 3 altri	508
Corte europea dei diritti dell’uomo, decisione del 16 aprile 2024 (rimessione del ricorso alla Grande Camera), <i>C.O.C.G. e altri c. Lituania</i> , ric. n. 17764/22	510
Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 18 aprile 2024, <i>A.R. e altri c. Grecia</i> , ric. nn. 59841/19 e altri 2	510
Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 23 aprile 2024, <i>M.B. c. Paesi Bassi</i> , ric. n. 71008/16	511
<b>Giurisprudenza nazionale</b>	512
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza del 29 aprile 2024, n. 11399	511

**Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea**

Corte di giustizia, sentenza del 18 aprile 2024, causa C-359/22, *Minister for Justice (Clause discrétionnaire – Recours)*

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Regolamento (UE) n. 604/2013 – Articolo 17, paragrafo 1 – Articolo 27, paragrafi 1 e 3 – Articolo 29, paragrafo 3 – Clausola discrezionale



**Fatto:** Un cittadino somalo presentava una domanda di protezione internazionale in Irlanda, dopo aver già avanzato due domande di protezione internazionale in Svezia (che erano state respinte). Le autorità irlandesi, di conseguenza, rivolgevano una richiesta di ripresa in carico alla Svezia, che accettava detta richiesta. Veniva quindi notificato un avviso di decisione di trasferimento verso la Svezia all'interessato, il quale lo impugnava dinanzi all'autorità competente chiedendo l'applicazione della clausola discrezionale di cui all'art. 17, par. 1, del regolamento di Dublino. A seguito del rigetto dell'impugnazione, l'interessato promuoveva un ricorso dinanzi all'High Court irlandese, affermando in particolare, che, in forza dell'articolo 27 del regolamento di Dublino III, il ricorso avverso le decisioni recanti il diniego di esercitare il potere discrezionale previsto all'articolo 17, paragrafo 1, di detto regolamento è **dotato di** effetto sospensivo automatico. La Corte promuoveva, dunque, rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, al fine di chiarire l'interpretazione degli artt. 17, par. 1, 27, par. 1 e 3, e 29, par. 3, del regolamento di Dublino.

**Esito/punto di diritto:** La Corte afferma che la disposizione di cui all'art. 17, par. 1, del regolamento (UE) n. 604/2013 non può, per sua natura, essere equiparata agli altri criteri di determinazione dello Stato membro competente per una domanda di protezione internazionale previsti da detto regolamento. Infatti, la decisione di uno Stato di esercitare il potere conferito dall'art. 17, par. 1, del regolamento di Dublino e di assumere la responsabilità per l'esame di una certa domanda di protezione internazionale è una decisione discrezionale, che non è basata sui criteri vincolanti ai quali detto Stato membro è tenuto a conformarsi in forza di tale regolamento. Ne consegue che una decisione adottata ai sensi dell'art. 17, par. 1, non può essere equiparata a una decisione di trasferimento, ai sensi dell'art. 27, par. 1, cosicché quest'ultima disposizione non può essere interpretata nel senso di imporre agli Stati membri di prevedere un ricorso effettivo avverso una decisione discrezionale siffatta. Quanto all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Corte sostiene che la norma non sia applicabile a una situazione in cui un richiedente protezione internazionale, oggetto di una decisione di trasferimento, abbia chiesto allo Stato membro che ha adottato tale decisione di avvalersi della clausola discrezionale o abbia proposto un ricorso giurisdizionale avverso la risposta negativa fornita a tale domanda. Da ultimo, i giudici affermano che, ai sensi dell'art. 29, par. 1, del regolamento n. 604/2013, **il termine di sei mesi per procedere al trasferimento del richiedente protezione internazionale** decorre dall'accettazione, da parte di un altro Stato membro, della richiesta di presa o di

ripresa in carico della persona interessata, o dalla decisione definitiva sul ricorso o sulla revisione avverso la decisione di trasferimento.

Corte di giustizia, sentenza del 25 aprile 2024, cause riunite C-420/22, NW e C-528/22, PQ

**Categoria:** Cittadinanza

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Articolo 20 TFUE – Familiare di cittadino dell'Unione – Pregiudizio alla sicurezza nazionale – Motivazione – Accesso al fascicolo

**Fatto:** Due cittadini di paesi terzi, rispettivamente di nazionalità turca e nigerina, soggiornavano legalmente in Ungheria da diversi anni. Entrambi sono sposati con cittadine ungheresi e hanno figli di cittadinanza ungherese. Tuttavia, l'Ufficio ungherese per la tutela della Costituzione dichiarava, con due pareri non motivati, che la presenza di tali soggetti nel territorio ungherese arrecava pregiudizio alla sicurezza nazionale. Inoltre, qualificava come riservate le informazioni sulle quali si era basato per formulare tali pareri. Pertanto, l'autorità nazionale di polizia degli stranieri revocava al primo soggetto la carta di soggiorno permanente, ordinandogli al contempo di lasciare il territorio ungherese, e respingeva una domanda di permesso di stabilimento nazionale presentata dal secondo soggetto. I due interessati promuovevano dunque ricorso dinanzi all'autorità competente, che sollevava alcune questioni pregiudiziali.

**Esito/punto di diritto:** La Corte ritiene che l'art. 20 TFUE impedisce alle autorità di uno Stato membro di revocare o di rifiutarsi di rilasciare un permesso di soggiorno a un cittadino di un paese terzo familiare di cittadini dell'Unione per motivi di sicurezza nazionale fondati su un parere non motivato di un organo speciale, senza che tali autorità possano esaminare attentamente le circostanze individuali pertinenti e la proporzionalità della loro decisione. In particolare, occorre preliminarmente verificare se esista tra il cittadino di un paese terzo e cittadini dell'Unione un rapporto di dipendenza che costringerebbe, di fatto, questi ultimi a lasciare il territorio dell'Unione europea in caso di allontanamento del cittadino del paese terzo. Inoltre, è contraria al diritto dell'Unione una legge nazionale che impedisce che sia comunicato a un familiare di un cittadino dell'Unione, al quale, sulla base di informazioni riservate, sia stato ritirato un permesso di soggiorno o ne sia stato negato il rilascio, almeno il contenuto essenziale dei motivi su cui si basano tali decisioni e, in ogni caso, che impedisce di utilizzare simili informazioni ai fini dei procedimenti amministrativo o giurisdizionale. Per contro, il diritto dell'Unione non prevede che un organo

giurisdizionale competente in materia di soggiorno debba verificare la liceità della classificazione di informazioni o autorizzare l'accesso a informazioni classificate.

Corte di giustizia, sentenza del 25 aprile 2024, cause riunite da C-684/22 a C-686/22, *Stadt Duisburg*

**Categoria:** Cittadinanza

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Articolo 20 TFUE – Cittadinanza dell'Unione – Acquisizione della cittadinanza di un paese terzo – Perdita *ipso iure* della cittadinanza della cittadinanza dell'Unione – Possibilità di mantenere/riacquisire la cittadinanza europea

**Fatto:** Nel 1999, alcuni cittadini turchi acquisivano la cittadinanza tedesca per naturalizzazione, dopo aver rinunciato alla cittadinanza turca. Dopo la naturalizzazione in Germania, e più precisamente dopo il 1° gennaio 2000, essi acquisivano nuovamente, su loro richiesta, la cittadinanza turca; tuttavia, tale riacquisto della cittadinanza turca comportava la perdita automatica della cittadinanza tedesca. Il giudice tedesco, nutrendo dubbi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di detta perdita automatica della cittadinanza tedesca, ha sollevato rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia.

**Esito/punto di diritto:** Secondo la Corte, l'art. 20 TFUE non osta ad una normativa nazionale che prevede che, in caso di acquisizione volontaria della cittadinanza di un paese terzo, la cittadinanza di tale Stato membro sia perduta *ipso iure*, il che comporta, per le persone che non hanno la cittadinanza di un altro Stato membro, la perdita della cittadinanza dell'Unione. In ogni caso, la persona interessata deve avere la facoltà di rivolgersi alle autorità e ai giudici nazionali per sapere se la perdita dello *status* di cittadino dell'Unione abbia conseguenze sproporzionate. In tal caso, essa deve poter conservare la propria cittadinanza e quindi la cittadinanza dell'Unione o, se del caso, riacquistarle con effetto retroattivo.

\* \* \* \* \*

### **Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo**

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 aprile 2024, *Sherov e altri c. Polonia*, ric. nn. 54029/17 e 3 altri

**Categoria:** Frontiere, Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 3 CEDU – Art. 4, Protocollo n. 4 CEDU – Polonia – Ucraina – Respingimenti collettivi sistematici

**Fatto:** I ricorrenti sono quattro cittadini del Tagikistan che, tra dicembre 2016 e febbraio 2017, avevano ripetutamente tentato di entrare in Polonia attraverso un valico di frontiera al confine con l'Ucraina. Ogni volta gli era stato rifiutato l'ingresso e negata la registrazione della domanda d'asilo in ragione del fatto che essi erano privi di documenti per entrare in territorio polacco e che non erano portatori di un reale rischio per la propria incolumità, bensì tentavano l'ingresso nel territorio europeo per motivi economici. Dopo i colloqui svolti con le guardie di frontiera, i ricorrenti erano stati allontanati sulla base di una nota redatta in forma sommaria che gli stessi ricorrenti non avevano firmato. Davanti alla Corte di Strasburgo lamentavano una violazione dell'art. 3 CEDU (stante il rischio di *refoulement* sia in via diretta, viste le condizioni dei richiedenti asilo in Ucraina, sia in forma indiretta, visto il rischio di ulteriore allontanamento da detto Paese verso il Tagikistan); dell'art. 4, Protocollo n. 4 (stante il carattere collettivo degli allontanamenti subiti alla frontiera polacca); dell'art. 13 in combinato disposto con le precedenti disposizioni (stante l'assenza di un rimedio effettivo contro le condotte e gli atti delle autorità polacche).

**Esito/punto di diritto:** La Corte riscontra, all'unanimità, una violazione delle disposizioni invocate dai ricorrenti. Quanto all'art. 3 CEDU, i giudici richiamano dapprima la giurisprudenza relativa al non respingimento e all'allentamento di richiedenti asilo, in particolare con riguardo alle garanzie procedurali e agli obblighi gravanti sullo Stato che effettua l'espulsione. Ritiene, quindi, che, nel caso di specie, l'assenza di qualsiasi procedura d'esame delle domande di protezione internazionale dei ricorrenti e il loro allontanamento verso l'Ucraina, senza alcuna valutazione circa l'accessibilità, in detto Stato, a procedure di asilo adeguate, nonché circa il rischio di respingimento a catena verso il Paese d'origine, costituisca violazione dell'art. 3 CEDU sotto il suo aspetto procedurale. Quanto all'art. 4, Protocollo n. 4, la Corte osserva che le decisioni delle autorità polacche che rifiutavano l'ingresso dei ricorrenti nel territorio nazionale erano state adottate senza un'adeguata considerazione delle situazioni individuali. Aggiunge, altresì, che tale prassi rientra in una più ampia e consolidata politica volta a negare l'ingresso in Polonia e la registrazione delle domande d'asilo ai richiedenti provenienti dall'Ucraina. Infine, poiché il ricorso contro le decisioni di respingimento dei ricorrenti non aveva effetto sospensivo automatico, la Corte constata la violazione dell'art. 13 della CEDU in combinato disposto con gli artt. 3 e 4, Protocollo 4, della Convenzione.

Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 16 aprile 2024 (rimessione del ricorso in Grande Camera), *C.O.C.G. e altri c. Lituania*, ric. n. 17764/22

**Categoria:** Frontiere

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Frontiera Lituania-Bielorussia – *Pushback* – Richiesta d'asilo – Respingimenti seriali – Grande Camera

**Fatto:** I ricorrenti sono quattro cittadini cubani, che avevano lasciato l'isola nel 2021, a motivo dei rischi di ripercussione a seguito della loro partecipazione in proteste antigovernative. Giunti in Russia, si spostavano in Bielorussia e tentavano ripetutamente di entrare in Lituania. I ricorrenti sostengono che ad ogni tentativo di ingresso, le guardie di frontiera lituane li hanno respinti, sotto la minaccia delle armi, nel territorio bielorusso, senza dare loro la possibilità di presentare domanda di asilo. Nell'aprile 2022 sono riusciti ad entrare in Lituania e a presentare alla Corte richiesta per misure provvisorie ai sensi dell'art. 39 del suo regolamento di procedura. La Corte ha concesso dette misure, ordinando alla Lituania di non espellere i ricorrenti. Le guardie di frontiera, nondimeno, li hanno nuovamente espulsi verso la Bielorussia. In seguito, in un successivo tentativo di ingresso, i ricorrenti sono stati intercettati in territorio lituano e posti in detenzione in un centro per migranti. Davanti alla Corte di Strasburgo invocano violazioni degli artt. 2; 3; 5, paragrafi 1, 2 e 4; 13; 34; 4, Protocollo n. 4 della CEDU.

**Esito/punto di diritto:** La Camera cui i ricorsi erano stati assegnati ha deciso di concedere le misure provvisorie richieste dai ricorrenti ex art. 39 del Regolamento della Corte. Ha altresì deciso di assegnare trattamento prioritario al ricorso in base all'art. 41 del medesimo regolamento. In seguito, ha revocato le misure provvisorie precedentemente concesse e, infine, ha deciso di rimettere l'esame dei ricorsi alla Grande Camera in base all'art. 30 della CEDU.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 aprile 2024, *A.R. e altri c. Grecia*, ric. nn. 59841/19 e altri 2

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 3 CEDU – Art. 5 CEDU – Isole Greche – Centri per migranti – Assistenza materiale e cure mediche

**Fatto:** I ricorrenti sono tre richiedenti asilo, due cittadini del Cameroon e un apolide nato in Kuwait. I ricorsi riguardano le loro condizioni di vita e gli standard di assistenza medica nei centri di accoglienza e identificazione di varie isole greche. Il primo ricorrente, A.R., era stato privato di assistenza materiale e alloggio sull'isola di Kos, venendo costretto a vivere in tali

condizioni per circa sei settimane. Il secondo ricorrente, M.A., un uomo di 79 anni affetto da diabete e da una malattia cardiaca cronica, era stato sottoposto a una procedura di screening medico, registrazione e identificazione a seguito del suo arrivo sull'isola di Chios. Quindi, era stato sistemato in una tenda temporanea, installata all'esterno di container sovraffollati. A causa delle pessime condizioni, era stato successivamente trasferito in un altro container e collocato in una struttura abitativa indipendente. Il terzo ricorrente, W.A., aveva alloggiato nel centro migranti sull'isola di Samos, in condizioni di grave sovraffollamento, mancanza di accesso alle strutture mediche e sanitarie, approvvigionamento alimentare insufficiente, mancanza di sicurezza e alti tassi di criminalità.

**Esito/punto di diritto:** La Corte ritiene le condizioni di vita dei tre ricorrenti incompatibili con l'art. 3 della CEDU. Con riguardo al terzo ricorrente, inoltre, una violazione della medesima norma viene dichiarata a proposito dell'assenza di un adeguato controllo medico e di cure adeguate in riferimento alla sua grave condizione medica, nonostante la stessa fosse nota alle autorità greche da almeno 10 mesi. Nei confronti del primo ricorrente, poi, la Corte riscontra una violazione dell'art. 5, par. 2, della CEDU, a causa del mancato rispetto del diritto ad essere informati, prontamente e in una lingua comprensibile, delle ragioni alla base della privazione della libertà personale.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 aprile 2024, *M.B. c. Paesi Bassi*, ric. n. 71008/16

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 5 CEDU – Detenzione – Ordine Pubblico – Paesi Bassi – Ricorrente siriano

**Fatto:** Il ricorrente è un cittadino siriano arrivato nei Paesi Bassi, dove aveva presentato domanda di protezione internazionale nel 2015. Alloggiato in un centro di accoglienza per richiedenti asilo, veniva successivamente arrestato con l'accusa di partecipazione a un'organizzazione terroristica e posto in custodia cautelare. Condannato a dieci mesi di reclusione, veniva rilasciato, ma immediatamente posto in un centro di detenzione per migranti, in attesa della valutazione della sua domanda di asilo. Invocando l'art. 5, par. 1, CEDU, il ricorrente lamentava l'illegittimità della decisione di ordinare il suo successivo trattenimento nel centro di detenzione per migranti a motivo della sussistenza di una asserita minaccia per l'ordine pubblico.

**Esito/punto di diritto:** La Corte ritiene, anzitutto, che la detenzione del ricorrente avesse una base giuridica chiara, poiché l'ordine di detenzione risultava inquadrato nella pertinente legislazione olandese. Osserva, poi, che la stessa detenzione era finalizzata a impedire un ingresso non autorizza-

to nel territorio dello Stato, rientrando quindi nell'ambito di applicazione dell'art. 5, par. 1, lett. f), della CEDU. Ritiene, tuttavia, che la privazione della libertà personale del ricorrente fosse arbitraria, in quanto non esisteva un nesso sufficientemente stretto tra la detenzione del ricorrente nel centro per migranti e lo scopo di impedire il suo ingresso non autorizzato. La Corte ricorda che la citata disposizione della CEDU consente il trattenimento degli stranieri solo per impedire l'ingresso non autorizzato nel territorio o per effettuare l'espulsione. Nel caso di specie, i giudici (a maggioranza di 6 voti contro 1) ritengono il trattenimento nel centro per migranti sproporzionato e non necessario, poiché la valutazione della domanda di asilo del ricorrente avrebbe potuto svolgersi durante il precedente trattenimento in custodia cautelare, senza la necessità di ordinare una successiva e ulteriore forma di detenzione nel centro per migranti. Quest'ultima, dunque, si pone in violazione dell'art. 5, par. 1, della CEDU.

\* \* \* \* \*

#### **Giurisprudenza nazionale**

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza del 29 aprile 2024, n. 11399

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Articolo 28 *ter*, d.lgs. n. 25/2008 – Procedura accelerata – Sospensione automatica del provvedimento della Commissione territoriale – Principio generale – Superamento dei termini

**Fatto:** Con l'ordinanza in esame il tribunale di Bologna ha sollevato rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 363 *bis* c.p.c. con riferimento all'istanza proposta da un richiedente protezione internazionale diretta alla sospensione della decisione con cui la Commissione Territoriale aveva rigettato la sua domanda di asilo poiché cittadino proveniente da Paese sicuro (*ex art. 28 ter*, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 25/2008). Il ricorrente eccepiva che il provvedimento impugnato doveva ritenersi automaticamente sospeso attesa la irregolarità della procedura accelerata adottata dalla Commissione. In particolare, evidenziava il superamento dei tempi previsti dalla norma invocata per la audizione e l'emissione del provvedimento.

**Esito/punto di diritto:** La Corte afferma che la sospensione automatica del provvedimento della Commissione territoriale è un principio generale espressione del principio di effettività della tutela (cfr. artt. 6 e 13 CEDU, art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE e, con riferimento alla materia della protezione internazionale, art. 46 della Direttiva 2013/32/UE). In quanto



tale, esso può essere derogato solo nel caso in cui la Commissione territoriale abbia applicato correttamente la procedura accelerata, utilizzabile quando ricorra l'ipotesi di manifesta infondatezza della richiesta protezione. In caso contrario, quando la procedura accelerata non sia stata rispettata nelle sue articolazioni procedimentali, si determina il ripristino della procedura ordinaria ed il riesandersi del principio generale di sospensione automatica del provvedimento. Secondo la Corte, infatti, non risulta compatibile con l'impianto del sistema e con il rapporto tra principi generali e deroghe agli stessi, la possibilità di ampliare il funzionamento di queste ultime tollerando il superamento dei termini previsti per le procedure accelerate per ragioni che, evidentemente, dimostrano la necessità di accertamenti e attività non compatibili con la ristrettezza dei tempi dati.



**FORUM “IMMIGRAZIONE, FRONTIERE E ASILO” (IFA)  
RASSEGNA DI ATTI, DOCUMENTI e DOTTRINA**

**Bollettino bimestrale n. 1 – gennaio, febbraio 2024**

*A cura di Valeria Amenta, Giulia Dal Ben,*

*Michele Migliori e Agnese Palazzi*

*Coordinamento scientifico: Marco Borraccetti e Caterina Fratea*

**In questo numero:**

<b>Atti di diritto dell’Unione europea</b>	515
<b>Immigrazione</b>	515
<b>Frontiere</b>	516
<b>Asilo</b>	519
<b>Dottrina</b>	520
<b>Immigrazione</b>	520
<b>Frontiere</b>	522
<b>Asilo</b>	523

**Atti di diritto dell’Unione europea**

**Immigrazione**

Commissione europea, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council, Second report on the state of play of preparations for the full implementation of the VIS Regulation in accordance with Article 11(3) of Regulation (EU) 2021/1134*, 18 gennaio 2024, COM(2024) 13 final [available only in English]. Il regolamento (UE) 2021/1134, che modifica, tra l’altro, il regolamento (CE) n. 767/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, concernente il sistema di informazione visti (VIS) e lo scambio di dati tra Stati membri sui visti per soggiorni di breve durata (regolamento VIS 2), impone alla Commissione di presentare una relazione annuale al Parlamento europeo e al Consiglio sullo stato di avanzamento dei preparativi per la piena attuazione del regolamento. Il documento costituisce il secondo report da parte della Commissione.

*Accordo rafforzato di partenariato e di cooperazione tra l’Unione europea e i suoi stati membri, da una parte, e la Repubblica del Kirghizistan, dall’altra,*

9 febbraio 2024, ST 10660 2022 INIT. Al fine di consolidare la cooperazione con il Kirghizistan, gli artt. 14 e 15 definiscono rispettivamente le basi della cooperazione in materia di migrazione, asilo e gestione delle frontiere, nonché la riammissione e la lotta contro l'immigrazione illegale.

### **Frontiere**

Consiglio dell'Unione europea, *Decisione di esecuzione del Consiglio che abroga la decisione di esecuzione (UE) 2022/2459 relativa all'applicazione di un aumento dei diritti per i visti nei confronti della Gambia*, 16 gennaio 2024, ST 16980 2023 INIT. Il Consiglio provvede all'abrogazione della decisione di esecuzione per l'aumento dei diritti per i visti nei confronti della Gambia in considerazione delle insufficienze registrate nella cooperazione.

Commissione europea, *Aggiornamento dei modelli di tessere rilasciate dai ministeri degli Affari esteri degli Stati membri ai membri accreditati delle missioni diplomatiche e delle rappresentanze consolari e alle loro famiglie, ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 2, del regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen)*, 18 gennaio 2024, C(2024) 909. I modelli delle tessere rilasciate dai ministeri degli Affari esteri agli accreditati delle missioni diplomatiche e consolari e alle loro famiglie, in conformità con il codice frontiere Schengen, sono stati aggiornati sulla base delle informazioni fornite dagli Stati membri alla Commissione, come richiesto dall'articolo 39 del codice frontiere Schengen.

Commissione europea, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Seconda relazione sullo stato di avanzamento dei preparativi per la piena attuazione del regolamento VIS a norma dell'articolo 11, paragrafo 3, del regolamento (UE) 2021/1134*, 18 gennaio 2024, COM(2024) 13 final. Nella relazione, la Commissione dà atto delle azioni compiute nel periodo che va dal gennaio 2023 al novembre 2023 per l'attuazione del regolamento sul sistema di informazione visti (VIS).

Commissione europea, *Commission staff working document evaluation – Accompanying the document – Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of Regulation (EU) 2019/1896 on the European Border and Coast Guard, including a review of the Standing Corps*, 29 gennaio 2024, SWD(2024) 75 final [available only in English]. La Commissione pubblica un documento di accompagnamento alla valutazione periodica delle attività della *European Border and Coast Guard* al fine di

valutarne la effettività, efficacia e coerenza. Inoltre, la valutazione analizza i criteri della pertinenza e del valore aggiunto dell'UE, valutando in che misura il nuovo mandato dell'Agenzia, introdotto nel 2019, abbia contribuito al raggiungimento degli obiettivi dell'EBCG nel suo complesso e in che misura abbia sostenuto gli Stati membri nell'attuazione di una gestione efficace delle frontiere nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e abbia contribuito ad aumentare l'efficienza della politica di rimpatrio dell'Unione. Infine, la valutazione esamina la pertinenza del regolamento EBCG nel contesto delle esigenze e delle sfide attuali ed emergenti alle frontiere esterne dell'UE. Ciò include la valutazione della pertinenza del regolamento EBCG in termini di portata e obiettivi generali, nonché la pertinenza dei compiti di Frontex previsti dal regolamento.

Commissione europea, *Aggiornamento dell'elenco dei permessi di soggiorno di cui all'articolo 2, punto 16, 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)*, 31 gennaio 2024, C(2024) 1212. L'elenco dei permessi di soggiorno viene aggiornato in base alle informazioni comunicate dagli Stati membri alla Commissione in conformità dell'articolo 39 del codice frontiere Schengen.

Commissione europea, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla valutazione del regolamento (UE) 2019/1896 sulla guardia di frontiera e costiera europea, compresa una revisione del corpo permanente*, 2 febbraio 2024, COM(2024) 75 final. La relazione espone le conclusioni che la Commissione ha tratto dalla valutazione del regolamento e dalla revisione del corpo permanente, entrambe illustrate in modo dettagliato nel documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna la relazione. Tuttavia, anche tenuto conto del fatto che l'attuazione del regolamento non è ancora stata completata, la valutazione e il riesame hanno individuato notevoli ritardi e lacune in alcuni settori. Per porvi rimedio la relazione propone inoltre misure, sotto forma di un piano d'azione, volte a consentire il pieno conseguimento degli obiettivi di Frontex e della guardia di frontiera e costiera europea.

Commissione europea, *Aggiornamento dell'elenco dei valichi di frontiera di cui all'articolo 2, paragrafo 8, del regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen)*, 7 febbraio 2024, C(2024) 1299. Il documento costituisce un aggiornamento dell'elenco dei valichi di frontiera come previsto dal codice

frontiere Schengen. Il contenuto dell'atto si basa sulle informazioni comunicate dagli Stati membri alla Commissione conformemente all'articolo 39 del codice frontiere Schengen.

Commissione europea, *Commission staff working document, Fundamental rights assessment of the Republic of Albania linked to the Proposal for a Council decision on the conclusion, on behalf of the Union, of the Agreement between the European Union and the Republic of Albania on the operational activities carried out by the European Border and Coast Guard Agency in the Republic of Albania of 7 July 2023 Accompanying the document Proposal for a Council Decision on the conclusion, on behalf of the Union, of the Agreement between the European Union and the Republic of Albania on operational activities carried out by the European Border and Coast Guard Agency in the Republic of Albania*, 7 febbraio 2024, SWD(2024) 20 final [available only in English]. Il documento mira a valutare la situazione in Albania, in considerazione delle attività operative dell'Agenzia in questo Paese, in particolare se le condizioni in Albania non rappresentino un rischio di violazioni gravi o persistenti dei diritti fondamentali o degli obblighi di protezione internazionale. La valutazione si basa su informazioni, dati e rapporti a disposizione della Commissione sulla protezione dei diritti umani in Albania, in particolare sul quadro giuridico per la protezione di tali diritti e sugli obblighi applicabili nel suo ordinamento giuridico.

Commissione europea, *corrigendum, Proposal for a Council Decision on the conclusion, on behalf of the Union, of the Agreement between the European Union and the Republic of Albania on operational activities carried out by the European Border and Coast Guard Agency in the Republic of Albania*, 7 febbraio 2024, COM(2023) 397 final/2 [available only in English]. Il documento contiene le modifiche apportate alla proposta di decisione del Consiglio, che costituisce la base giuridica per la conclusione di un accordo tra l'Unione europea e la Repubblica d'Albania sulle attività operative svolte dall'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera nella Repubblica d'Albania.

Commissione europea, *Decisione di esecuzione (UE) 2024/528 della Commissione, del 6 febbraio 2024, che stabilisce le norme per l'applicazione del regolamento (CE) n. 767/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda l'integrazione nel VIS dell'elenco dei documenti di viaggio e della tabella delle comunicazioni di cui all'articolo 5 bis, paragrafi 1 e 2, di tale regolamento*, 6 febbraio 2024, C(2024) 647. La decisione definisce le regole per inserire l'elenco dei documenti di viaggio e la tabella delle comunicazioni nel sistema di informazione visti (VIS).

## Asilo

Riunione plenaria della LXX Conferenza degli organi specializzati in affari comunitari (COSAC) – Madrid, 26-28 novembre 2023 – Contributo della LXX riunione della COSAC, 17 gennaio 2024, C(2024) 848. Il documento sintetizza la posizione della COSAC sul Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo. Ricordatane l’importanza, la COSAC esorta le parti politiche a raggiungere urgentemente un accordo sul patto.

Agenzia dell’Unione europea per l’asilo, *Stato delle entrate e delle spese per l’esercizio 2024*, 31 gennaio 2024, reperibile al seguente *link*. La relazione sui conti di EUAA 2024 contiene informazioni finanziarie sulle attività svolte, le entrate e le uscite dell’agenzia.

Agenzia dell’Unione europea per i diritti fondamentali, *Mapping Child Protection Systems EU – Update 2023*, 31 gennaio 2024, reperibile al seguente *link*. Il documento costituisce una mappatura dei sistemi nazionali di protezione dell’infanzia nell’Unione europea (UE) e fornisce una panoramica dei recenti sviluppi in tali sistemi e il loro stato attuale basato su standard e caratteristiche selezionati. In particolare, esamina la condizione dei minori nelle famiglie migranti, le quali affrontano spesso una serie di sfide, come la discriminazione e lainsicurezza economica. Spesso si trovano ad affrontare criticità legate all’accesso ai servizi in settori importanti della vita, come la sanità, l’istruzione, l’alloggio e le opportunità di lavoro. L’UE ha adottato un vasto *acquis* nel settore della protezione internazionale delle famiglie e bambini richiedenti asilo in Europa.

Agenzia dell’Unione europea per l’asilo, *Practical guide on Interpretation in the Asylum Procedure*, 5 febbraio 2024, reperibile al seguente *link*. Il documento costituisce una guida destinata agli interpreti nella procedura di asilo. Inoltre, lo strumento è utile per intervistatori, coordinatori degli interpreti, responsabili dell’assicurazione della qualità e qualsiasi altra persona che lavora o è coinvolta nel campo della protezione internazionale.

Consiglio dell’Unione europea, comunicato stampa, *Riforma in materia di migrazione e asilo: via libera dei rappresentanti degli Stati membri dell’UE all’accordo con il Parlamento europeo*, 8 febbraio 2024, reperibile al seguente *link*. Il Consiglio comunica che i rappresentanti degli Stati membri dell’UE (Coreper) hanno approvato l’accordo provvisorio tra la presidenza del Consiglio e il Parlamento europeo, raggiunto il 20 dicembre 2023, su un patto composto da cinque atti legislativi fondamentali che riformeranno il sistema di asilo e migrazione dell’UE.

Consiglio dell’Unione europea, *Proposta di Decisione del Consiglio rela-*



tiva alla posizione da adottare a nome dell'Unione europea in sede di comitato delle parti della convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, in merito alle modifiche del regolamento interno del comitato per quanto riguarda la cooperazione giudiziaria in materia penale, l'asilo e il non respingimento, 24 gennaio 2024, COM(2024) 38 final. Il Consiglio esprime la posizione che intende adottare rispetto alle modifiche proposte per adeguare il funzionamento del comitato delle parti a seguito dell'adesione dell'UE alla Convenzione di Istanbul. Il documento specifica la posizione da adottare a nome dell'Unione in relazione alle modalità di voto in alcuni settori. In particolare, se l'Unione partecipa a una votazione con un numero di voti pari al numero dei suoi Stati membri che sono parti della convenzione e che sono vincolati dall'esercizio della competenza da parte dell'Unione nei settori della cooperazione giudiziaria in materia penale, dell'asilo e del non respingimento, la maggioranza dei due terzi sarebbe raggiunta se il voto dell'Unione (pari a 20 voti) è sostenuto dalla maggioranza semplice dei voti espressi dai 16 Stati non membri dell'UE che sono parti della convenzione più la Danimarca e l'Irlanda.

\* \* \* \* \*

## Dottrina

### Immigrazione

ALIVERTI ANA, *Book Reviews: The treatment of Immigrants in European Court of Human Rights: moving Beyond Criminalisation*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1, 2024, pp. 137-140, reperibile al seguente [link](#).

CAMPESI GIUSEPPE, *Defining “Crisis” in Migration Governance: a Critical Legal Mapping of EU Crisis Response Mechanisms*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1, 2024, pp. 26-54, reperibile al seguente [link](#).

DENNISON JAMES, *Emigration narratives: what migrants believe and why it matters*, in *Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Working Paper, Migration Policy Centre*, n. 5, 2024, pp. 6-22, reperibile al seguente [link](#).

FRIORIKSDÓTTIR BJARNEY, *Book Reviews: Race, Gender and Contemporary International Labour Migration Regimes. 21-Century Coolies?*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1, 2024, pp. 144-146, reperibile al seguente [link](#).

GUSEJNOVA DINA, DRAGOLEA ALINA, PETÓ ANDREA, TRTELEAC ANDREI-VLĂDUT, PHOTIADOU ARTEMIS, BAKOS REBEKA, *Rewarding mobility?*

*Towards a realistic European policy agenda for academic at risk*, in *Comparative Migration Studies*, n. 12, 2024, pp. 1-19, reperibile al seguente [link](#).

HOFFMEYER-ZLOTNIK PAULA, *The quiet politics of migration supranationalization – Commission entrepreneurship and the intra-Corporate Transferee Directive*, in *Journal of European Integration*, 2023, pp. 1-18, reperibile al seguente [link](#).

KORTEWEG ANNA, YURDAKUL GOKCE, *Non-Belonging: borders, boundaries, and bodies at the interface of migration and citizenship studies*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, n. 2, 2024, pp. 294-316, reperibile al seguente [link](#).

LIDÉN HILDE, *Young Age, Migratory Vulnerabilities and Temporality. Compounding Inequalities Raised by Age and Legal Status – in Four European Countries*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 4, 2023, pp. 395-420, reperibile al seguente [link](#).

MANTU SANDRA, *Book Reviews: Grasping Legal Time. Temporality and European Migration Law*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1, 2024, pp. 140-141, reperibile al seguente [link](#).

MICINSKI NICHOLAS R., LEFEBVRE CAMILLE, *The Geopolitics in the Global Compacts: Sovereignty, Emerging Norms, and Hypocrisy in Global Migration Governance*, in *Geopolitics*, n. 29, 2024, pp. 1-12, reperibile al seguente [link](#).

PICCOLI LORENZO, GIANNI MATTEO, RUEDIN DIDIER, ACHERMANN CHRISTIN, HOFFMEYER.ZLOTNIK PAULA, NEDELICU MIHAELA, ZITTOUN TANIA, *What is the Nexus between Migration and Mobility? A framework to Understand the Interplay between Different Ideal Types of Human Movement*, in *Sociology*, 2024, pp. 1-19, reperibile al seguente [link](#).

RAIMONDO FRANCESCA, LEBOEUF LUC, VENTURI DENISE, *Looking at the Vulnerabilities of Migrants Seeking Protection through an Intersectional Prism*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 4, 2023, pp. 387-394, reperibile al seguente [link](#).

ROMANO ANDREA, *The More Favourable Provision Clause in EU Migration Law: Expanding Fundamental Rights through National Discretion?*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1, 2024, pp. 55-80, reperibile al seguente [link](#).

RYDER ANDREW, *The Roma and the double-movement of Social Europe*, in *Journal of European Integration*, 2024, pp. 1-22, reperibile al seguente [link](#).

VELASCO ÁLVAREZ SOLEDAD, *Between 'Trochas', Orphans and Mourning: Migrant Mobilities and the Effects of US 'Soft' Remote Control in Ecuador*, in *Geopolitics*, 2024, pp. 1-27, reperibile al seguente [link](#).

Risorse online

MIELE RAFFAELE, *Lavoratori altamente qualificati: brevi note sul regime fiscale agevolato per chi arriva dall'estero e sulla questione del rilascio della Carta blu allo straniero "regolarmente soggiornante"*, in *immigrazione.it*, 1° febbraio 2024, reperibile al seguente [link](#).

MIELE RAFFAELE, *Lo Stato "dichiara guerra" a colf e badanti (oltre il 70% sono stranieri): controlli incrociati Entrate/INPS per stanare i regolari che non dichiarano il reddito; efficace, ma con probabile incremento del lavoro sommerso*, in *immigrazione.it*, 15 gennaio 2024, reperibile al seguente [link](#).

WEATHERBURN AMY, *The revised Single Permit Directive: protecting migrant workers from abusive employers or maintaining the status quo?*, in *European Law Blog*, 26 febbraio 2024, reperibile al seguente [link](#).

### Frontiere

FERRI MARCELLA, *Nel nome della fiducia reciproca! La Corte di Giustizia si pronuncia sul rischio di refoulement indiretto nei trasferimenti Dublino: l'unica (e sempre più restrittiva) eccezione delle carenze sistemiche e le (limitate) prerogative del giudice nazionale*, in *Eurojus*, n. 1, 2024, pp. 40-80, reperibile al seguente [link](#).

LACONI ALESSIO, *Responsibility for fundamental rights breaches in return operations: shades and lights on the first action for damages against Frontex*, in *DPCE online*, n. 4, 2023, pp. 3689-3698, reperibile al seguente [link](#).

ROCCA MATILDE, *Rights at Sea: State Interference with Activists' Search and Rescue Operations*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1, 2024, pp. 81-107, reperibile al seguente [link](#).

XANTHOPOULOU ERMIONI, *Mapping EU Externalisation Devices through a Critical Eye*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1, 2024, pp. 108-135, reperibile al seguente [link](#).

### Risorse online

FORTI MIRKO, *Il reinsediamento nell'era dell'Intelligenza Artificiale: potenziali rischi e possibili rimedi nel diritto UE*, in *ADiM Blog*, 1° febbraio 2024, reperibile al seguente [link](#).

GARCÍA ANDRADE PAULA, FRASCA ELEONORA, *The Memorandum of Understanding between the EU and Tunisia: Issues of procedure and substance on the informalisation of migration cooperation*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 26 gennaio 2024, reperibile al seguente [link](#).

GRATTAROLA GIADA, *Il disegno di legge di autorizzazione alla ratifica del*

*protocollo Italia-Albania: profili di (in)compatibilità con il diritto dell'Unione europea*, in *Sidiblog*, 13 febbraio 2024, reperibile al seguente *link*.

HILLARY LYNN, SCHOTEL BAS, *The implications of the 2023 Frontex judgment on the EU agencies and the legal credibility of the Court*, in *European Law Blog*, 14 febbraio 2024, reperibile al seguente *link*.

INELI-CIGER MELTEM, *Il The EU support for alternatives to immigration detention in Türkiye: a curious case at odds with EU's external migration policy?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 17 gennaio 2024, reperibile al seguente *link*.

LEGGIO MICHELA, *The Dual Nature of Digitalization of Asylum Procedure: Analyzing the CBP One*, in *ADiM Blog*, 1° febbraio 2024, reperibile al seguente *link*.

PASINI CECILIA, *Hotspot e minori stranieri non accompagnati: la Corte EDU condanna l'Italia per il loro illegittimo trattenimento*, in *Sistema Penale*, 16 gennaio 2024, reperibile al seguente *link*.

## **Asilo**

DEL REAL DEISY, *Gradations of Migrant Legality: The Impact of States' Legal Structures and Bureaucracies on Immigrant Legalization and Livelihoods*, in *International Migration Review*, 2024, pp. 1-31, reperibile al seguente *link*.

BELISARIO GIACOMO, *Il collocamento di una minorenne richiedente asilo non accompagnata, presso un centro di accoglienza per adulti, costituisce trattamento inumano e degradante*, in *DPCE Online*, n. 4, 2023, pp. 3737-3744, reperibile al seguente *link*.

FALKENHAIN MARIELLA, *Limits of Activation? Street-Level Responses to the 2015 Refugee Challenge in German Jobs Centers*, in *Journal of Immigrant & Refugees Studies*, n. 1, 2024, pp. 1-15, reperibile al seguente *link*.

FLAMAND CHRISTINE, DR. RAIMONDO FRANCESCA, SAROLÉA SYLVIE, *Examining Asylum Seekers' "Other Vulnerabilities": Intersectionality in Context*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 4, 2023, pp. 501-524, reperibile al seguente *link*.

KIENAST JULIA, VEDSTED-HANSEN JENS, *Differential Treatment and Temporary Protection Arrangements: Discrimination or Legitimate Distinctions?*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1, 2024, pp. 1-25, reperibile al seguente *link*.

MEMON AMINA, GIVEN-WILSON ZOE, OZKUL DERYA, MCREGOR RICHMOND KAREN, MURASZKIEWICZ JULIA, WELDON ELLA, KATONA CORNELIUS, *Beyond*

*Artificial Intelligence (AI) in the asylum system*, in *Medicine, Science and the Law*, 2024, pp. 1-4, reperibile al seguente [link](#).

MOROZZO DELLA ROCCA PAOLO, *La protezione umanitaria in Italia, a seguito della "mutilazione" della protezione speciale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3, 2024, pp. 545-568, reperibile al seguente [link](#).

PALUMBO LETIZIA, *Vulnerability to Exploitation through the Lens of Intersectionality. A critical analysis of Instruments and Approaches to Identify and Support Exploited and Trafficked migrants Seeking Protection*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 4, 2023, pp. 421-448, reperibile al seguente [link](#).

RANCESCHELLI FERDINANDO, *Il diniego della richiesta d'asilo e l'espulsione verso la Libia non costituiscono un trattamento inumano o degradante*, in *DPCE Online*, n. 4, 2023, pp. 3753-3766, reperibile al seguente [link](#).

SALVADEGO LAURA, *L'accesso al ricongiungimento familiare per i titolari di protezione sussidiaria nel caso M.T. e al. dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3, 2024, pp. 790-780, reperibile al seguente [link](#).

SINON ALICE, *The Use of Medico-Legal Reports in Asylum Processes in Belgium*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 4, 2023, pp. 449-473, reperibile al seguente [link](#).

STOREY HUGO, *The Refugee Definition in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2024 (**Monografia**).

VENTURI DENISE, *Beyond the Rainbow? An Intersectional Analysis of the Vulnerabilities faced by LGBTIQ+ Asylum Seekers*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 4, 2023, pp. 474-500, reperibile al seguente [link](#).

#### Risorse online

DONALD ALICE, GROGAN JOELLE, *Legislating fiction*, in *Verfassungsblog*, 15 gennaio 2024, reperibile al seguente [link](#).

Gobiet Lia, *Inte Should Temporary stay Temporary? An Interpretation of the Temporary Protection Directive in line with its rationale*, in *European Law Blog*, 22 febbraio 2024, reperibile al seguente [link](#).

KEDA MARINA, *Legislating Most Ukraininas now identify as Europeans: Reshaping identity in times of war*, in *MPC Blog*, 8 gennaio 2024, reperibile al seguente [link](#).

KÜBEK GESA, BORNEMANN JONAS, *International Law as a Trailblazer for Gender-Sensitive Refugee System in the EU. The Court of Justice's ruling in Case C-621/21, Women who are Victims of Domestic Violence*, in *European Law Blog*, 29 gennaio 2024, reperibile al seguente [link](#).

LAGRAND DR TÜRKAN ERTUNA, *The Beyond Opuz v. Turkey: the CJEU's judgment in WS and Refugee Law consequences of the State's failure to protect victims of domestic violence*, in *Strasburg Observers*, 20 febbraio 2024, reperibile al seguente [link](#).

MIELE RAFFAELE, “*In direzione ostinata e contraria*”: *gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul permesso di soggiorno per residenza elettiva*, in *immigrazione.it*, 1° gennaio 2024, reperibile al seguente [link](#).

MITSOLEGAS VALSAMIS, *Reforming the EU ‘Facilitators’ Package’: The new Commission proposal in the light of the Kinsbasa litigation*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 13 febbraio 2024, reperibile al seguente [link](#).

PEERS STEVE, *The New EU Asylum Laws, part. 1: the Qualification Regulation*, in *EU Law Analysis*, 30 dicembre 2023, reperibile al seguente [link](#).

PEERS STEVE, *The New EU Asylum Laws, part. 2: the Reception Conditions Directive*, in *EU Law Analysis*, 1° gennaio 2024, reperibile al seguente [link](#).

PEERS STEVE, *The New EU Asylum Laws, part. 3: the Resettlement Regulation*, in *EU Law Analysis*, 2 gennaio 2024, reperibile al seguente [link](#).

RIZZUTO FERRUZZA SILVIA, *La Corte di Giustizia torna sul concetto di atti persecutori in una prospettiva di avanzamento del diritto internazionale sui rifugiati*, in *ADiM Blog*, 1° febbraio 2024, reperibile al seguente [link](#).

SAVINO MARIO, *Editoriale – La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania: tre problemi di sostenibilità giuridica e amministrativa*, in *ADiM Blog*, 1° febbraio 2024, reperibile al seguente [link](#).

SCALERA ANTONIO, *La sentenza della Cassazione sul CIE di Bari: una pronuncia tra luci e ombre*, in *Questione Giustizia*, 17 gennaio 2023, reperibile al seguente [link](#).

STEININGER SILVIA, *La The CJEU's Feminist Turn? Gender-based Persecution as a Ground for Persecution*, in *Verfassungsblog*, 20 febbraio 2024, reperibile al seguente [link](#).

WOOLLARD CATHERINE, *All Pacted up and ready to go: EU asylum law reforms*, in *ECRE Weekly Bulletin*, 16 febbraio 2024, reperibile al seguente [link](#).

ZAHRA EL HARC FATIMA, *Il Protocollo Italia – Albania al vaglio della Corte costituzionale albanese*, in *ADiM Blog*, 1° febbraio 2024, reperibile al seguente [link](#).

ZORZELLA NAZZARENA, *La “nuova” protezione speciale al vaglio della magistratura. La prostituzione volontaria e la tutela di diritti fondamentali. Commento a Tribunale di Milano 13 novembre 2023*, in *Questione Giustizia*, 6 febbraio 2024, reperibile al seguente [link](#).





**FORUM “IMMIGRAZIONE, FRONTIERE E ASILO” (IFA)**  
**RASSEGNA DI ATTI, DOCUMENTI e DOTTRINA**

**Bollettino bimestrale n. 2 – marzo, aprile 2024**

*A cura di Valeria Amenta, Giulia Daùl Ben, Michele Migliori e Agnese Palazzi*

*Coordinamento scientifico: Marco Borraccetti e Caterina Fratea*

**In questo numero:**

<b>Atti di diritto dell’Unione europea</b>	527
<b>Immigrazione</b>	527
<b>Frontiere</b>	529
<b>Asilo</b>	529
<b>Dottrina</b>	534
<b>Immigrazione</b>	534
<b>Frontiere</b>	538
<b>Asilo</b>	540

**Atti di diritto dell’Unione europea**

**Immigrazione**

Commissione europea, comunicato stampa, *Progressi compiuti nella gestione della migrazione e dell’asilo nell’UE*, 12 marzo 2024, COM (2024) 126 final. La Commissione ha fatto il punto sui risultati conseguiti in materia di migrazione e asilo su diversi fronti. In primo luogo, ha sottolineato l’accordo politico raggiunto sul Patto sulla Migrazione e l’Asilo. In secondo luogo, ha ribadito l’ampliamento degli strumenti europei per affrontare la migrazione irregolare e il traffico di migranti. Inoltre, ha rimarcato l’importanza di un continuo dialogo con i partner internazionali per affrontare le cause profonde della migrazione, combattere il traffico di migranti e promuovere percorsi legali. Entro giugno 2024, la Commissione presenterà un piano di attuazione comune.

Commissione europea, *Proposta di decisione del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla fornitura di assistenza macrofinanziaria alla Repubblica Araba d’Egitto*, 15 marzo 2024, COM (2024) 461 final. L’UE e l’Egitto hanno convenuto di approfondire le loro relazioni e sviluppare un partena-

riato strategico e globale per una prosperità, una stabilità e una sicurezza condivise, sulla base della agenda che esiste nelle relazioni UE-Egitto. Il partenariato riguarderà settori specifici della cooperazione, tra cui le relazioni politiche, il buon governo, i diritti umani e le libertà fondamentali, la stabilità macroeconomica, gli investimenti e il commercio sostenibili, l'energia, l'acqua, la sicurezza alimentare e i cambiamenti climatici, la migrazione, la sicurezza e lo sviluppo del capitale umano.

Consiglio europeo, *Conclusioni del Consiglio europeo del 21 e 22 marzo*, reperibili al seguente *link*. Al punto VI delle conclusioni viene ribadito l'impegno dell'UE nell'adozione di un approccio globale alla migrazione e al contrasto ai trafficanti di esseri umani.

Consiglio dell'Unione europea, *Progetto di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro (rifusione) (prima lettura)*, 10 aprile 2024, reperibile al seguente *link*. Il Consiglio ha adottato una revisione della direttiva sul permesso unico, adottata nel 2011. La direttiva stabilisce ora una procedura amministrativa per un permesso unico sia per il diritto al lavoro che per il diritto di soggiorno nell'UE e contempla un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi. La revisione prevede una procedura di domanda abbreviata per il rilascio del permesso unico e mira a rafforzare i diritti dei lavoratori di paesi terzi consentendo il cambiamento di datore di lavoro e un periodo di disoccupazione limitato.

Parlamento europeo, *Posizione del Parlamento europeo in prima lettura in vista dell'adozione del regolamento (UE) 2024/... del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione, che modifica i regolamenti (UE) 2021/1147 e (UE) 2021/1060 e che abroga il regolamento (UE) n. 604/2013*, 10 aprile 2024, reperibile al seguente *link*. Il Parlamento europeo ha approvato in prima lettura il regolamento che instaura un quadro comune per la gestione dell'asilo e della migrazione nell'Unione e per il funzionamento del SECA, istituendo anche un meccanismo di solidarietà e stabilendo i criteri di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale.

Parlamento europeo, *Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura in vista dell'adozione del regolamento (UE) 2024/... del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo e che modifica il regolamento (UE)*

2021/1147, 10 aprile 2024, reperibile al seguente *link*. Il Parlamento europeo ha approvato in prima lettura il regolamento sulle situazioni di crisi e di forza maggiore, il quale istituisce un meccanismo di risposta agli aumenti improvvisi degli arrivi, garantendo solidarietà e sostegno agli Stati membri che devono far fronte a un afflusso eccezionale di cittadini di paesi terzi. Le nuove norme affronteranno anche il tema della strumentalizzazione dei migranti.

Commissione europea, *Statement by President von der Leyen at the joint press conference with President Metsola and Belgian Prime Minister De Croo on the adoption of the Pact on Migration and Asylum*, 10 aprile 2024, reperibile al seguente *link* [available only in English]. Von der Leyen ha evidenziato il raggiungimento di un accordo storico in relazione al Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo. Ha ribadito, inoltre, la necessità di continuare a fornire un sostegno operativo agli Stati membri, assisterli nelle crisi nazionali, nonché lo sviluppo di partenariati con i paesi di origine e di transito.

Consiglio europeo, *Conclusioni del Consiglio europeo del 17 e 18 aprile*, reperibili al seguente *link*. Al punto VII delle conclusioni, il Consiglio ribadisce l'impegno dell'UE nel sostegno alle persone più vulnerabili in Libano, compresi i rifugiati, gli sfollati interni e le comunità di accoglienza che ne hanno bisogno, nonché nel contrasto al traffico e alla tratta di esseri umani. Il Consiglio europeo ribadisce la necessità di creare le condizioni per il rimpatrio sicuro, volontario e dignitoso dei rifugiati siriani definite dall'UNHCR.

Parlamento europeo, *Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura in vista dell'adozione della direttiva (UE) 2024/... del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, 23 aprile 2024, reperibile al seguente *link*. Il Parlamento ha adottato in prima lettura la propria posizione rispetto alla proposta di modifica della direttiva 2011/36/UE presentata dalla Commissione europea nel 2022. Tale proposta di modifica alla direttiva si inserisce nel quadro della strategia dell'UE per il contrasto della tratta degli esseri umani 2021-2025 delineata nella comunicazione della Commissione europea del 14 aprile del 2021.

## **Frontiere**

Commissione europea, *Press statement by President von der Leyen with Austrian Chancellor Nehammer, Belgian Prime Minister De Croo, Cypriot President Christodoulides, Greek Prime Minister Mitsotakis, Italian Prime*

*Minister Meloni and Egyptian President El-Sisi*, 17 marzo 2024, reperibile al seguente *link* [available only in English]. La Presidente della Commissione ha sottolineato l'importanza del partenariato con l'Egitto anche in relazione alla migrazione e alla mobilità, stabilendo un investimento europeo di almeno 200 milioni di euro. Si è, inoltre, da un lato, rimarcata la necessità di agevolare la migrazione legale, ad esempio con i partenariati per i talenti; dall'altra, si continua a contare sulla piena dedizione dell'Egitto per il controllo della migrazione illegale, dalla gestione delle frontiere alla lotta al contrabbando e al rimpatrio.

Comitato Politico e di Sicurezza, *Decisione (PESC) 2024/1013 relativa alla riconferma dell'autorizzazione dell'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo*, 26 marzo 2024. A seguito della decisione (PESC) 2020/472 che ha istituito e dato avvio all'operazione militare EUNAVFOR MED IRINI nel Mediterraneo, il Comitato Politico e di Sicurezza riconferma l'autorizzazione all'operazione e la proroga fino al 31 luglio 2024.

Commissione europea, comunicato stampa, *Bulgaria and Romania join the Schengen area*, 31 marzo 2024, reperibile al seguente *link* [available only in English]. Dal 31 marzo alla Bulgaria e alla Romania si applicano le regole di Schengen, anche per quanto riguarda il rilascio dei visti e i controlli alle frontiere interne aeree e marittime, che sono aboliti. La Commissione ricorda come il Consiglio dovrà prendere una decisione per stabilire una data per l'eliminazione dei controlli alle frontiere terrestri interne tra Bulgaria, Romania e gli altri Paesi Schengen.

Parlamento europeo, *Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura in vista dell'adozione del regolamento (UE) 2024/... del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e l'ammissione umanitaria e modifica il regolamento (UE) 2021/1147*, 10 aprile 2024, reperibile al seguente *link*. Il Parlamento europeo ha approvato il regolamento che istituisce un quadro europeo circa l'arrivo legale e sicuro, nel territorio di uno Stato membro, di cittadini di paesi terzi o apolidi che soddisfano le condizioni per l'ammissione, al fine di accordare loro protezione internazionale o uno status umanitario a norma del diritto nazionale. Viene, inoltre, stabilito l'aumento del contributo dell'Unione alle iniziative internazionali di reinsediamento e ammissione umanitaria, al fine di ampliare il numero complessivo di posti disponibili e il rafforzamento dei partenariati dell'UE con i paesi terzi nelle regioni verso le quali è stato sfollato un gran numero di persone bisognose di protezione internazionale.

Parlamento europeo, *Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura in vista dell'adozione del regolamento (UE) 2024/... del Parlamento*

europo e del Consiglio che istituisce l' "Eurodac" per il confronto dei dati biometrici ai fini dell' applicazione efficace dei regolamenti (UE) .../... e (UE) .../... del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2001/55/CE del Consiglio e ai fini dell' identificazione dei cittadini di paesi terzi e apolidi il cui soggiorno è irregolare, e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, 10 aprile 2024, reperibile al seguente *link*. I parlamentari hanno approvato il regolamento che disciplina il trattamento dei dati delle persone che entrano irregolarmente nell' UE, comprese le impronte digitali e le immagini del volto di chiunque abbia più di sei anni. Tali dati saranno memorizzati nella banca dati Eurodac aggiornata. Le autorità potranno anche segnalare gli individui aggressivi, armati o che rappresentano una minaccia alla sicurezza.

Parlamento europeo, *Posizione del Parlamento europeo in prima lettura in vista dell' adozione del regolamento (UE) 2024/... del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura di rimpatrio alla frontiera e che modifica il regolamento (UE) 2021/1148*, 10 aprile 2024, reperibile al seguente *link*. Il Parlamento ha approvato in prima lettura il regolamento che stabilisce una procedura di rimpatrio alla frontiera con l' obiettivo di razionalizzare, semplificare e armonizzare le disposizioni procedurali degli Stati membri, stabilendo che essa sia applicabile ai cittadini di paesi terzi e agli apolidi, la cui domanda sia stata respinta nel contesto della nuova procedura di asilo alla frontiera.

Parlamento europeo, *Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura in vista dell' adozione del regolamento (UE) 2024/... 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*, 10 aprile 2024, reperibile al seguente *link*. Il Parlamento ha approvato in prima lettura il nuovo regolamento sugli accertamenti alle frontiere esterne. Le norme di screening si applicheranno alle persone che non soddisfano le condizioni per entrare in uno Stato membro dell' UE, che verranno fermate mentre entreranno irregolarmente nell' UE al di fuori dei valichi di frontiera o che sbarcheranno a seguito di un' operazione di ricerca e salvataggio, o che avranno fatto domanda di protezione internazionale a un valico di frontiera. Lo screening può essere effettuato in qualsiasi luogo adeguato designato da ciascun paese dell' UE e situato, in linea di principio, alle frontiere esterne o in prossimità

di esse, nonché in altri luoghi all'interno del territorio. I cittadini di paesi terzi che si trovano nel territorio dell'UE saranno sottoposti a screening solo se hanno attraversato una frontiera esterna per entrare nel territorio di uno Stato membro in modo non autorizzato. I cittadini di paesi terzi che sono stati sottoposti allo screening una volta non dovranno ripeterlo successivamente.

Parlamento europeo, *Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura in vista dell'adozione del regolamento (UE) 2024/... del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica dei regolamenti (UE) 2019/816 e (UE) 2019/818, allo scopo di introdurre accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne*, 10 aprile 2024, reperibile al seguente *link*. Il Parlamento ha approvato in prima lettura il regolamento che prevede l'identificazione o la verifica dell'identità, controlli di sicurezza e controlli preliminari sulle vulnerabilità relativamente ai cittadini di paesi terzi che sono presenti alle frontiere esterne o nel territorio degli Stati membri, che non sono stati sottoposti a controlli alle frontiere esterne dell'Unione. Tale regolamento si applica anche ai cittadini di paesi terzi che hanno fatto domanda di protezione internazionale ai valichi di frontiera esterni o nelle zone di transito senza soddisfare le condizioni di ingresso.

Parlamento europeo, *Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 24 aprile 2024 in vista dell'adozione del regolamento (UE) 2024/... del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del regolamento (UE) 2016/399 che istituisce un codice dell'Unione relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone*, 24 aprile 2024, reperibile al seguente *link*. Il Parlamento ha adottato in prima lettura la propria posizione rispetto alla proposta di modifica del regolamento (UE) 2016/399, noto anche come Codice Frontiere Schengen.

## **Asilo**

Agenzia dell'Unione europea per l'Asilo, *Latest Asylum Trends 2023 – Annual Analysis*, 28 febbraio 2024, reperibile al seguente *link*. Il rapporto analizza le ultime tendenze in materia di asilo per il 2023, riportando le domande ricevute nei paesi UE+, le principali nazionalità che hanno richiesto protezione, l'evoluzione dei casi pendenti e i tassi di riconoscimento.

Agenzia dell'Unione europea per l'Asilo, *Voices in Europe: Experiences, hopes, and aspirations of forcibly displaced persons from Ukraine*, 7 marzo 2024, reperibile al seguente *link*. Il rapporto evidenzia i temi prevalenti che emergono dallo sffollamento forzato, ricavati dalle testimonianze personali di oltre 1.500 persone che hanno partecipato all'indagine in corso sui migranti



in arrivo dall'Ucraina. Gli approcci quantitativi e qualitativi sono stati combinati per sottolineare le preoccupazioni sulla sicurezza dei propri cari, le esperienze legate alla guerra, i viaggi verso l'UE, la vita nel paese ospitante, le riflessioni sullo status giuridico e le intenzioni future su potenziali ritorni o spostamenti successivi all'interno dell'UE.

Agenzia dell'Unione europea per l'Asilo, *Quarterly Overview of Asylum Case Law*, n. 1, 15 marzo 2024, reperibile al seguente *link*. Il report raccoglie i casi relativi alla protezione internazionale pronunciati da dicembre 2023 a febbraio 2024.

Agenzia dell'Unione europea per l'Asilo, *Overview of the Role of UNHCR in EU+ Countries*, in *Who is Who in International Protection in the EU+*, n. 7, 25 marzo 2024, reperibile al seguente *link*. Questo rapporto presenta le attività e le priorità di UNHCR nei paesi UE+, mappando il ruolo specifico dell'agenzia nelle procedure di asilo.

Parlamento europeo, *Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura in vista dell'adozione del regolamento (UE) 2024/... del Parlamento e del Consiglio 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 e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e che abroga la direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*, 10 aprile 2024, reperibile al seguente *link*. Il Parlamento ha approvato in prima lettura le nuove regole comuni per tutti gli Stati membri sul riconoscimento dello status di rifugiato o di persona che gode di protezione sussidiaria e sui diritti applicabili al riguardo. Gli Stati membri avranno il compito di valutare la situazione nel paese di origine sulla base dei dati forniti dall'Agenzia UE per l'asilo. Una volta concesso, lo status di rifugiato sarà sottoposto a verifiche regolari. Colui il quale farà domanda di protezione dovrà rimanere nel territorio dello Stato membro responsabile ad esaminare la domanda o nello Stato che ha concesso la protezione.

Parlamento europeo, *Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura in vista dell'adozione della direttiva (UE) 2024/... del Parlamento e del Consiglio recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)*, 10 aprile 2024, reperibile al seguente *link*. Il Parlamento ha approvato in prima lettura la direttiva che stabilisce l'obbligo, in capo agli Stati membri, di garantire che gli standard di accoglienza dei richiedenti asilo siano gli stessi in tutta l'Unione. I richiedenti asilo registrati potranno iniziare a lavorare al più tardi entro sei mesi dalla data di presentazione della domanda. Si procederà anche a regolamentare le condizioni di



detenzione e la limitazione della libertà di circolazione, in modo da disincentivare gli spostamenti da un paese UE all'altro.

Parlamento europeo, *Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura in vista dell'adozione del regolamento (UE) 2024/... del Parlamento e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, 10 aprile 2024, reperibile al seguente *link*. I parlamentari hanno concordato una procedura per la concessione o la revoca della protezione internazionale e dei rimpatri, applicabile in tutti gli Stati membri dell'UE e che sostituisce le procedure nazionali.

Agenzia dell'Unione europea per l'Asilo, *Practical Tool for Guardians – Transnational procedures in the framework of international protection*, 17 aprile 2024, reperibile al seguente *link*. Il report fornisce una guida per i tutori di minori non accompagnati che si concentra in particolare sulle procedure transnazionali nel quadro della protezione internazionale. Copre le procedure di Dublino, di ricollocazione e i percorsi legali (reinsediamento, percorsi complementari e procedura di ricongiungimento familiare). Include una panoramica di queste procedure con un'attenzione specifica ai minori, alle relative garanzie e al ruolo del tutore nelle diverse fasi delle procedure.

\* \* \* \* \*

## Dottrina

### Immigrazione

ARNOUX BELLAVITIS MARGUERITE, *Policy-making as a crisis resolution tool: the normalization of exceptionality procedures at the expense of the rights of migrants*, in *Freedom, Security & Justice: European legal studies*, n. 1, 2024, pp. 1-19, reperibile al seguente *link*.

ASTUTI MATTEO, BRAMBILLA ANNA, *Ventimiglia/Taranto andata e ritorno: evoluzioni e carenze della giurisprudenza EDU in argomento di violazioni poste in essere durante iniziative di contenimento e deterrenza dei flussi migratori nonché di strumenti finalizzati a facilitare l'allontanamento dei cittadini stranieri*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2024, pp. 1-16, reperibile al seguente *link*.

BELABAS WARDA, DE JONG PETRA, *The unique nature of second-generation migration experiences: a case study of the Moroccan Dutch*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-21, reperibile al seguente *link*.

BELLUCCIO DARIO, *Lo «spettro di un ingorgo di fronte a un flusso incontrollabile di domande di visti umanitari»: genesi, derive e approdi della giuri-*

sprudenza di merito, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2024, pp. 1-16, reperibile al seguente [link](#).

BELTRAME DE MOURA ALINE, LERINE CARLA, *The limitations of Private International Law regarding the protection of unaccompanied migrant children in the European Union*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 1, 2024, pp. 95-113, reperibile al seguente [link](#).

BERNARDINI LORENZO, *Il delit de solidarit  davanti alla Corte di giustizia: il caso Kinshasa come Game Changer per le politiche migratorie europee*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2024, pp. 1-25, reperibile al seguente [link](#).

BOITEUX-PICHERAL CAROLINE, *Un baroud d'honneur de la Cour européenne de droits de l'homme face   la révocation arbitraire du permis de séjour d'une militante des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2024, pp. 231-249, reperibile al seguente [link](#).

BOLLI THOMAS, RAGETH LADINA, *Does Time Since Arrival have an Effect on Immigrants' Preferences for Vocational Education and Training Programs in Switzerland?*, in *International Migration Review*, n. 1, 2024, pp. 1-32, reperibile al seguente [link](#).

BORKOWSKA MAGDA, LUTHRA RENEE, *Socialization Disrupted: The Intergenerational Transmission of Political Engagement in Immigrant Families*, in *International Migration Review*, n. 1, 2024, pp. 1-28, reperibile al seguente [link](#).

BORRACCETTI MARCO, *Il contrasto alla tratta di persone e la prospettiva di riforma del 2024: alcune riflessioni*, in *Quaderni AISDUE, Fascicolo speciale, Convegno Forum IFA del 13 ottobre 2023*, pp. 1-29, reperibile al seguente [link](#).

BRUMAT LEIZA, ESPINOZA MARCIA VERA, *Actors, Ideas, and International Influence: Understanding Migration Policy Change in South America*, in *International Migration Review*, n. 1, 2024, pp. 319-346, reperibile al seguente [link](#).

CATALDI GIUSEPPE, *L'evoluzione normativa in Italia in tema di gestione delle migrazioni via mare. Quale rilievo agli impegni internazionali dello Stato?*, in *Rivista Eurojus*, n. 2, 2024, pp. 1-14, reperibile al seguente [link](#).

CELLAMARE GIOVANNI, *Delocalizzazione delle frontiere nella gestione dei movimenti di persone e trasferimento altrove di richiedenti asilo. Previsioni normative e orientamenti giurisprudenziali*, in *Freedom, Security & Justice: European legal studies*, n. 1, 2024, pp. 1-27, reperibile al seguente [link](#).

DE CAPITANI EMILIO, *Back to the future: twenty-five years later, relaunching the project of transforming the EU into an Area of Freedom, security and*

*justice?*, in *Journal of European Integration*, pp. 1-5, 2024, reperibile al seguente [link](#).

DI BIASE IPEK DEMIRSU, LEONINI LUISA MARIA, *Translocational belonging in urban peripheries among the postmigrant generation: San Siro and the trap/drill subculture of Milan*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-23, reperibile al seguente [link](#).

DUNGAN PETER, FANG TONY, GUNDERSON MORLEY, MURPHY STEVE, *Macroeconomic Impacts of Immigration in the Canadian Atlantic Region: An Empirical Analysis Using the FOCUS Model*, in *Journal of Immigrant and Refugee Studies*, 2024, reperibile al seguente [link](#).

FOSSATI FLAVIA, KNOTZ CARLO, OTMANI IHSSANE, *The Gender Employment Gap among Refugees and the Role of Employer Discrimination: Experimental Evidence from the German, Swedish and Austrian Labor Markets*, in *International Migration Review*, n. 1, 2024, pp. 1-26, reperibile al seguente [link](#).

FOUBERT KILLIAN, RUYSSSEN ILSE, *Leaving terrorism behind? The role of terrorist attacks in shaping migration intentions around the world*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-19, reperibile al seguente [link](#).

GUARISO ALBERTO, *D.lgs. 20/2023 e d.lgs. 152/2023: Una nuova fase degli ingressi per lavoro?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2024, pp. 1-22, reperibile al seguente [link](#).

HEMMATY MONA, *The Cruel Optimism of Work Permits: Vulnerabilities and Deportability Among Rejected Asylum-Seekers and International Students Pursuing Track Changes in Sweden*, in *Journal of Immigrant and Refugee Studies*, 2024, reperibile al seguente [link](#).

INELI CIGER MELTEM, *Alternatives to immigration detention in Türkiye : what's the European Union got to do with it?*, in *Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Working Paper, Migration Policy Centre*, n. 8, 2024, pp. 1-22, reperibile al seguente [link](#).

IVORY TRISTAN, CHIHAYA GUILHERME KENJI, TAKENOSHITA HIROHISA, *Insider Out: Cross-National Differences in Foreign-Born Female Labor Force Participation in the United States, Sweden, and Japan*, in *International Migration Review*, n. 1, 2024, pp. 1-30, reperibile al seguente [link](#).

MAZZETTI MICHELE, *Circular or temporary? Migration models in the EU, Italian and German legislation*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2024, pp. 1-27, reperibile al seguente [link](#).

MIELE RAFFAELE, *Una chiave di lettura dell'elenco dei titoli di soggiorno che, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del DPR 394/1999, consentono di derogare all'accertamento della condizione di reciprocità*, in *Immigrazione.it*, 15 marzo 2024, reperibile al seguente [link](#).

MIJIC ANA, PARZER MICHAEL, TKALICH OLENA, ZOLOTAROVA YELYZAVETA, *Experiencing forced migration: challenges of arriving after displacement from Ukraine*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-19, reperibile al seguente [link](#).

ÖSTLUND ALLISON, *A Review Review: Mapping Judicial Scrutiny in the Fields of Migration, Trade and the EMU*, in *European Public Law*, n. 2, 2024, pp. 1-24, reperibile al seguente [link](#).

PICCOLI LORENZO, PERNA ROBERTA, *Civil society organisations and the healthcare of irregular migrants: the humanitarianism-equity dilemma*, in *Comparative migration studies*, n. 20, 2024, pp. 1-19, reperibile al seguente [link](#).

PIGNATARO GISELLA, *Il tutore volontario dei minori migranti: una figura nuova ma poco attrattiva*, in *Freedom, Security & Justice: European legal studies*, n. 1, 2024, pp. 1-37, reperibile al seguente [link](#).

ROOS CHRISTOF, CHERNIAK KSENIIA, KIESCHNICK HANNA, *A European labour market and nationally bounded welfare states. EU emigration and challenges to social citizenship*, in *Journal of European Integration*, pp. 1-21, 2024, reperibile al seguente [link](#).

ROOS CHRISTOF, TRAUNER FLORIAN, ADAM ILKE, *Bureaucratic Migration Politics in West Africa: Opportunities and Dependencies Created by EU Funding*, in *International Migration Review*, n. 1, 2024, pp. 1-23, reperibile al seguente [link](#).

ROSSI LUCIA SERENA, *The interaction between the directive 2003/86 and the Charter of fundamental rights of the European Union in the family reunification of a third country national*, in *Freedom, Security & Justice: European legal studies*, n. 1, 2024, pp. 1-19, reperibile al seguente [link](#).

ROSSI NELLO, *Il caso Apostolico: essere e apparire imparziali nell'epoca dell'emergenza migratoria*, in *Questione Giustizia*, n. 1-2, 2024, pp. 289-294, reperibile al seguente [link](#).

SŁOWIK ALICJA, *Multiple sources of right to an effective remedy in EU migration and asylum law: Towards common standards on judicial protection?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2024, reperibile al seguente [link](#).

SPITALERI FABIO, *La tutela giurisdizionale effettiva dei singoli nei settori dell'immigrazione e dell'asilo*, in *Quaderni AISDUE, Fascicolo speciale*, n. 1, 2024, *Atti del V Convegno nazionale, Padova 2023*, pp. 1-26, reperibile al seguente [link](#).

SUNAGIC LEJLA, *Risk perception and desire in decision-making: the case of Syrians' sea migration to Europe*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-16, reperibile al seguente [link](#).

THAPA KAJI DEEPENDRA, VISENTIN DENIS, KORNHABER RACHEL, CLEARY MICHELLE, *Internal and International Migration and the Mental Health of "Left-Behind" Older Parents*, in *International Migration Review*, n. 1, 2024, pp. 37-68, reperibile al seguente [link](#).

TRAUNER FLORIAN, BREKKE JAN-PAUL, ADAM ILKE, CHAM N. OMAR, THORBJORNSRUD KJERSTI, *"It's not about the information, it's about the situation": understanding the misalignment between EU deterrence messaging and migrants' narratives*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-17, reperibile al seguente [link](#).

VAN TUBERGEN FRANK, MOLteni FRANCESCO, *Does parental origin-country culture affect the gender gap in sport participation? A study of immigrant youth in Italy*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-19, reperibile al seguente [link](#).

Risorse online

CARLAW JOHN, *Time running out for more inclusive policies? "Pathways" Debates and Demands for Access to Permanent Immigration Status in Canada*, in *MPC Blog*, 28 febbraio 2024, reperibile al seguente [link](#).

FOX-RUHS CLARE, *How to Measure the Rights of Irregular Migrants? The Case for Implied Rights*, in *MPC Blog*, 13 marzo 2024, reperibile al seguente [link](#).

RECCHI ETTORE, BERNASCOLI LUCA, *What commercial flight data can tell us about irregular migration*, in *MPC Blog*, 19 febbraio 2024, reperibile al seguente [link](#).

REGINA PAOLA, *Il "caso CPR" alla luce del diritto europeo*, in *ADiM Blog*, 5 aprile 2024, reperibile al seguente [link](#).

RUHS MARTIN, *Irregular migrants in Europe: Why national institutions matter for conditions and policy*, in *MPC Blog*, 29 febbraio 2024, reperibile al seguente [link](#).

TURKMEN GULAY, *The Politics of Believing and Belonging: Increasing Diversity Among Muslim Immigrants in Germany*, in *International Migration Review*, pp. 1-14, reperibile al seguente [link](#).

WHITAKER BETH ELISE, WELLMAN ELIZABETH IAMS, *Voice Through Votes and Remittances: Diaspora Efforts to Influence Elections*, in *International Migration Review*, pp. 1-15, reperibile al seguente [link](#).

## Frontiere

ADROHER BIOSCA SALOMÉ, *Derechos de los adultos vulnerables en situación transfronteriza: Orden público y adaptación*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 1, 2024, pp. 36-46, reperibile al seguente [link](#).

ANGORI MARIA FIORE, *Il “decreto Cutro” al vaglio della Corte di giustizia: negata la procedura d’urgenza sulla compatibilità della garanzia finanziaria con il diritto dell’Unione europea*, in *Eurojus.it*, 9 aprile 2024, reperibile al seguente *link*.

BERNARD NICOLAS, *Les expulsions de Roms et des gens du voyage devant la Corte européenne de droit de l’homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n. 137, 2024, pp. 193-215, reperibile al seguente *link*.

CELORIA ELEONORA, DE LEO ANDREINA, *Il Protocollo Italia-Albania e il diritto dell’Unione europea: una relazione complicata*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2024, pp. 1-37, reperibile al seguente *link*.

FUSCO ALESSIA, «*Aiutiamoli a casa d’altri*»: *note critiche sul Protocollo italoalbanese per la collaborazione rafforzata in materia migratoria*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2024, pp. 166-168, reperibile al seguente *link*.

INGRAVALLO IVAN, *Gli strumenti di controllo sul rispetto dei diritti fondamentali nelle attività operative di Frontex*, in *Quaderni AISDUE, Fascicolo speciale, Convegno Forum IFA del 13 ottobre 2023*, pp. 1-23, reperibile al seguente *link*.

MERCADANTE VALENTINA, *Ingresso e soggiorno per lavoro artistico: brevi note sulle modalità di rilascio e sulla convertibilità del titolo*, in *Immigrazione.it*, 1° aprile 2024, reperibile al seguente *link*.

MIELE RAFFAELE, *Nomadi digitali e lavoratori da remoto: definite con DM le modalità e i requisiti per il rilascio del visto d’ingresso e del permesso di soggiorno. Analogie e differenze rispetto alla Carta blu*, in *Immigrazione.it*, 15 aprile 2024, reperibile al seguente *link*.

#### Risorse online

DE GIORGIO VALENTINA, *Corte di Cassazione: il respingimento collettivo dei migranti nel porto di Tripoli è reato perché la Libia non è un porto sicuro*, in *Unione Forense per la tutela dei diritti umani*, 1° marzo 2024, reperibile al seguente *link*.

FABINI GIULIA, *I numeri della detenzione amministrativa in Italia*, in *ADiM Blog*, marzo 2024, reperibile al seguente *link*.

FALK MATTHIES, *Schengen’s Paper Pushbacks*, in *VerfassungsBlog*, 22 aprile 2024, reperibile al seguente *link*.

MORARU MADALINA, REYHANI ADEL-NAIM, *Interpreting the Dublin Regulation amid fundamental rights violations at the EU’s border. Reflections on the Judgement of the Court of Justice in X v Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, C-392/22*, in *EU Law Live*, 15 aprile 2024, reperibile al seguente *link*.



PAPACHRISTODOULOU APHRODITE, *Shipwreck after Shipwreck*, in *Verfassungsblog*, 11 March 2024, reperibile al seguente [link](#).

PREVETE CHIARA, *Il riconoscimento dello status di residente permanente ai cittadini europei nel Regno Unito: criticità e conseguenze sul diritto amministrativo inglese*, in *ADiM Blog*, marzo 2024, reperibile al seguente [link](#).

ZIRULIA STEFANO, *Refoulement as a crime*, in *Verfassungsblog*, 2 aprile 2024, reperibile al seguente [link](#).

### Asilo

BENDINELLI ROBERTA, *Le norme sul trattamento dei dati personali dei richiedenti asilo nell'Unione europea: talune criticità rispetto al caso dell'interessato minorenni*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2024, pp. 1-37, reperibile al seguente [link](#).

BENNANI-TAYLOR SOPHIE, MEER NASAR, *Processing payments, enacting alterity: financial technology in the everyday lives of asylum seekers*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 2384-2402, reperibile al seguente [link](#).

BIRKINSHAW PATRICK, *The Rwanda Bill, Boat people and International Law*, in *European Public Law*, n. 2, 2024, pp. 1-24, reperibile al seguente [link](#).

CHERCHI ROBERTO, *L'approccio hotspot e i diritti umani: le condanne dell'Italia nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo J.A. e altri c. Italia e nelle successive A.E. e altri c. Italia, A.B. c. Italia, A.S. c. Italia, W.A. e altri c. Italia, M.A. c. Italia*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2024, pp. 1-26, reperibile al seguente [link](#).

FIGIORE ORNELLA, *Minori stranieri non accompagnati: dalla tutela alla diffidenza. il cambiamento di prospettiva nelle riforme contenute nel d.l. 133/2023*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2024, pp. 1-32, reperibile al seguente [link](#).

FRAZIER EMILY, *Unsettling Resettlement: Examining Local Dynamics of Refugee Integration in the United States Amid National Policy Change*, in *Journal of Immigrant and Refugee Studies*, 2024, reperibile al seguente [link](#).

IRGIL EZGI, *Intergroup Encounters in Urban Public Spaces: Everyday Strategies of Host Community Members Following a Refugee Influx*, in *International Migration Review*, n. 1, 2024, pp. 1-24, reperibile al seguente [link](#).

IRGIL EZGI, NORMAN P. KELSEY, *Assessing the domestic political impacts of Turkey's refugee commodification*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-17, reperibile al seguente [link](#).



KARLSSON SANDRA, *Temporalities in asylum childhoods: time politics and children's rights in Sweden's asylum reception and resettlement*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-17, reperibile al seguente [link](#).

KOSYAKOVA YULIYA, LAIBLE MARIE-CHRISTINE, *Importance of Personality Traits for Destination Language Acquisition: Evidence for Refugees in Germany*, in *International Migration Review*, n. 1, 2024, pp. 1-39, reperibile al seguente [link](#).

MALAEB BILAL, WAHBA JACKLINE, *Impact of Syrian Refugees on male immigrants' labor market outcomes in Jordan*, in *International Migration Review*, n. 1, 2024, pp. 1-32, reperibile al seguente [link](#).

MANCE BORIS, SPLICHAL SLAVKO, *Refugees and (Im)Migrants: (Re)Conceptualizing and (Re)Contextualizing Migration in the Media*, in *Journal of Immigrant and Refugee Studies*, 2024, pp. 1-18, reperibile al seguente [link](#).

MARINAI SIMONE, *Obblighi informativi e fiducia reciproca tra Stati membri nei trasferimenti Dublino: tra aperture e punti fermi fissati dalla Corte di giustizia all'alba dell'accordo sul nuovo Patto*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2024, pp. 1-29, reperibile al seguente [link](#).

NICODEMI FRANCESCA, *Tratta di persone, schiavitù, sfruttamento lavorativo. Le diverse forme di protezione e di tutela accordabili in considerazione della varietà delle fattispecie e dei bisogni delle persone*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2024, pp. 1-41, reperibile al seguente [link](#).

PENNICINO SARA, *La Corte suprema del Regno Unito si pronuncia sul piano Ruanda*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2024, pp. 187-189, reperibile al seguente [link](#).

PROMSOPHA GWENDOLINE, TUCCI INGRID, *Evidence as a Specific Knowledge to Inform Humanitarian Decision-Making in Migration Crisis Contexts: The Case of Syrian Refugees in Jordan*, in *International Migration Review*, n. 1, 2024, pp. 1-30, reperibile al seguente [link](#).

SABCHEV TIHOMIR, *The Causes and Consequences of Administrative Burdens in the Canadian Private Sponsorship of Refugees Program*, in *Journal of Immigrant and Refugee Studies*, 2024, pp. 1-17, reperibile al seguente [link](#).

VAN DER ENT BARBARA, *Syria, the Homeland. Feeling at Home in Rotterdam? The Multiple Feelings of Belonging of Resettled Syrian-Born Youngsters with a Refugee Background*, in *Journal of Immigrant and Refugee Studies*, 2024, pp. 1-16, reperibile al seguente [link](#).

VIGANO MARTÍNEZ NATALIA ELIZABETH, *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el marco del derecho de asilo europeo y español*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 1, 2024, pp. 641-656, reperibile al seguente [link](#).

VITIELLO DANIELA, *L'agenzia dell'Unione europea per l'asilo come strumento di armonizzazione: potenzialità, limiti e prospettive*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2024, pp. 1-42, reperibile al seguente *link*.

#### Risorse online

FERRARI MARTA, *Il cambiamento climatico quale causa delle migrazioni forzate: un fenomeno ancora troppo trascurato*, in *Blog AISDUE*, 4 marzo 2024, reperibile al seguente *link*.

GUILD ELSPETH, MITSILEGAS VALSAMIS, *"Get that judge out of my sight": The Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 4 March 2024, reperibile al seguente *link*.

MINARDI MARTINA, *Il riconoscimento dello status di rifugiato per le donne vittime di violenza di genere alla luce della Convenzione di Istanbul: un commento a margine della sentenza WS (C-621/21)*, in *Blog AISDUE*, 4 marzo 2024, reperibile al seguente *link*.

Unione Forense per la tutela dei diritti umani, *La Corte di Strasburgo ribadisce l'inapplicabilità dell'art. 6 CEDU ai procedimenti in materia di asilo*, reperibile al seguente *link*.

FORUM “LA PROIEZIONE INTERNAZIONALE DELL’UNIONE EUROPEA” (PIUE)  
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

Corte di giustizia dell’UE  
gennaio-marzo 2024

*A cura di Cristina Contartese*

*Coordinamento scientifico: Maria Eugenia Bartoloni e Sara Poli*

**In questo numero:**

<b>Effetto diretto di un accordo internazionale</b>	544
Corte di giustizia (Seconda Sezione), sentenza del 29 febbraio 2024, causa C-549/22, <i>X c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank</i>	544
<b>Obbligo di interpretazione conforme a un accordo internazionale concluso dall’UE e relativi limiti</b>	544
Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 27 febbraio 2024, causa C-382/21 P, <i>Ufficio dell’Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO) c. The KaiKai Company Jaeger Wichmann GbR</i>	544
Tribunale (Nona Sezione ampliata), sentenza del 21 febbraio 2024, causa T-763/20, <i>Inner Mongolia Shuangxin Environment-Friendly Material Co. Ltd c. Commissione europea</i>	545
<b>Obblighi post-Brexit e saga Micula</b>	546
Corte di giustizia (Quinta Sezione), sentenza del 14 marzo 2024, causa C-516/22, <i>Commissione c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord</i>	546
<b>Diritto all’autodeterminazione, Fronte polisario e conseguenze sugli accordi UE-Marocco</b>	548
AG Ćapeta, Conclusioni del 21 marzo 2024, cause riunite C-778/21 P, <i>Commissione c. Fronte polisario</i> , e C-798/21 P, <i>Consiglio c. Fronte polisario</i> ; C-779/21 P, <i>Commissione c. Fronte polisario</i> , e C-799/21 P, <i>Consiglio c. Fronte polisario</i>	548
<b>Misure restrittive nei confronti di persone e entità legate alla Bielorussia e alla Russia</b>	550
Tribunale (Nona Sezione ampliata), sentenza del 20 marzo 2024, causa T-115/22, <i>Belshyna AAT c. Consiglio</i>	550
Tribunale (Prima Sezione), sentenza del 20 marzo 2024, causa T-743/22, <i>Mazepin c. Consiglio</i>	551

### **Effetto diretto di un accordo internazionale**

Corte di giustizia (Seconda Sezione), sentenza del 29 febbraio 2024, causa C-549/22, *X c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*

La causa C-549/22 ha ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale in merito all'interpretazione dell'articolo 68, paragrafo 4, dell'Accordo di associazione CE-Algeria del 2005, che attribuisce ai lavoratori di nazionalità algerina e ai loro familiari conviventi il diritto al libero trasferimento verso l'Algeria delle pensioni e delle rendite, ai tassi applicati secondo la legislazione dello Stato membro debitore. Il procedimento principale dinanzi al giudice nazionale, vede X, residente in Algeria e avente diritto ad una prestazione per superstiti, contrapporsi al 'Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank' (Consiglio di amministrazione della banca delle assicurazioni sociali, Paesi Bassi) poiché quest'ultimo aveva ridotto la prestazione spettante a X, sostenendo che questa sarebbe dovuta essere calcolata secondo il principio del paese di residenza, in altre parole, in relazione al costo della vita in Algeria, e non nei Paesi Bassi.

La prima questione a cui la Corte deve rispondere riguarda l'effetto diretto della disposizione in questione. Dal momento che essa è chiara, precisa e incondizionata, la Corte conclude che ha effetto diretto. Pertanto i singoli se ne avvalgono direttamente dinanzi ai giudici nazionali, ottenendo di beneficiare del libero trasferimento della prestazione, senza che sia necessaria l'adozione di atti a livello nazionale. Inoltre, la Corte, quanto all'applicazione *ratione personae*, interpreta l'articolo 68, paragrafo 4, dell'Accordo di Associazione CE-Algeria nel senso che si applica ai superstiti di un lavoratore i quali, intendendo trasferire la loro prestazione ai superstiti in Algeria, non siano essi stessi lavoratori e residenti in Algeria, ed esclude che il beneficiario sia tenuto a risiedere nello Stato membro debitore. Infine, in merito all'importo di una prestazione in favore dei superstiti, la Corte conclude che lo Stato membro gode di un margine di discrezionalità nel calcolo dell'importo delle prestazioni, incluso il principio del paese di residenza, come nel caso di specie, a ragione del fatto che è la stessa disposizione a stabilire il diritto al libero trasferimento delle prestazioni di cui trattasi verso l'Algeria «ai tassi applicati secondo la legislazione dello Stato membro o degli Stati membri debitori». Spetterà al giudice del rinvio stabilire se il calcolo effettuato nel caso di specie, basato sul costo della vita in Algeria, sia basato su elementi oggettivi.

### **Obbligo di interpretazione conforme a un accordo internazionale concluso dall'UE e relativi limiti**

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 27 febbraio 2024, causa C-382/21 P, *Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO) c. The KaiKai Company Jaeger Wichmann GbR*

I fatti all'origine della causa vedono 'The KaiKai Company Jaeger Wichmann GbR' chiedere, nel 2018, la registrazione di dodici disegni o modelli comunitari, e rivendicare al contempo un diritto di priorità. L'EUIPO accoglie la domanda di registrazione, ma non riconosce il diritto di priorità a motivo del fatto che la scadenza di 6 mesi prevista per il godimento di tale diritto, e da calcolarsi dal momento del deposito, era stata superata. Il Tribunale, investito della causa (*The KaiKai Company Jaeger Wichmann/EUIPO* (T-579/19 del 14 aprile 2021, EU:T:2021:186), annullava la decisione dell'EUIPO ritenendo che l'articolo 41, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 6/2002 su disegni e modelli comunitari, a cui l'EUIPO aveva dato applicazione nel caso di specie, conteneva una lacuna e dovesse conformarsi agli obblighi derivanti dall'articolo 4 della Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, secondo cui il termine è di 12 mesi, e non 6. Nella presente causa, l'EUIPO impugna la decisione del Tribunale dinanzi alla Corte.

L'analisi della Corte si apre ricordando che, tenuto conto della natura e dell'economia generale, né la Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale né l'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (ADPIC) godono di effetto diretto. La Corte esclude, inoltre, che le disposizioni in esame rientrino nelle due situazioni eccezionali in cui la Corte ha ammesso che i singoli possono invocare direttamente le disposizioni degli accordi OMC dinanzi al giudice dell'Unione. Tuttavia, pur in assenza di effetto diretto, l'ADPIC è comunque vincolante per l'UE e prevale sugli atti di diritto derivato. Di conseguenza, questi ultimi devono essere interpretati alla luce dell'accordo internazionale, per quanto possibile. Nel caso di specie, il regolamento n. 6/2002, che possiede un chiaro tenore letterale ed ha carattere esaustivo, discostandosi da quanto prevedono le disposizioni internazionali in questione, non permette di essere interpretato in modo conforme a questi. La Corte accoglie, quindi, la richiesta dell'EUIPO concludendo che il Tribunale non si è limitato all'interpretazione conforme dell'art. 41, paragrafo 1, del regolamento n. 6/2002, poiché ha, di fatto, dato diretta applicazione all'articolo 4 della Convenzione di Parigi. La Corte annulla, di conseguenza, la sentenza del Tribunale.

Tribunale (Nona Sezione ampliata), sentenza del 21 febbraio 2024, causa T-763/20, *Inner Mongolia Shuangxin Environment-Friendly Material Co. Ltd c. Commissione europea*

La ricorrente, Inner Mongolia Shuangxin Environment-Friendly Material Co. Ltd, con sede in Cina, chiede al Tribunale l'annullamento del re-

golamento di esecuzione (UE) 2020/1336 del 25 settembre 2020, attraverso il quale la Commissione adottava dazi antidumping sulle importazioni di determinati alcoli polivinilici (PVA) originari della Repubblica popolare cinese. L'adozione di tale regolamento è stato il risultato di un'inchiesta antidumping avviata dalla stessa Commissione.

Nel corso dell'analisi, il Tribunale ha occasione di chiarire, tra gli altri, le nozioni di dati «prontamente disponibili» nell'ambito della selezione del paese rappresentativo e di «informazioni necessarie» che le parti interessate devono fornire alla Commissione. In merito al rapporto tra norme UE e le disposizioni dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), di cui, come è noto, l'UE e i propri Stati membri sono parte, la ricorrente sostiene che il regolamento impugnato sarebbe contrario a tali obblighi internazionali. Sull'interpretazione conforme, il Tribunale ricorda che sebbene il diritto derivato debba essere interpretato, per quanto possibile, in conformità con gli accordi internazionali conclusi dall'UE, l'espressione 'per quanto possibile' non può trovare applicazione quando una disposizione è chiara e priva di ambiguità. In tale scenario, infatti, la norma non necessita di alcuna interpretazione. Nell'ipotesi contraria, chiarisce il Tribunale, il principio di interpretazione conforme condurrebbe ad un'interpretazione *contra legem* della norma UE, che non è ammissibile. Nel caso di specie, il Tribunale conclude che non sussistono le condizioni necessarie per poter applicare il principio di interpretazione conforme del regolamento d'esecuzione alla luce delle norme dell'OMC. (si veda anche Tribunale (Nona Sezione ampliata), sentenza del 21 febbraio 2024, causa T-762/20, *Sinopec Chongqing SVW Chemical Co. Ltd, Sinopec Great Wall Energy & Chemical (Ningxia) Co. Ltd, Central-China Company, Sinopec Chemical Commercial Holding Co. Ltd c. Commissione*)

### **Obblighi post-Brexit e saga *Micula***

Corte di giustizia (Quinta Sezione), sentenza del 14 marzo 2024, causa C-516/22, *Commissione c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*

La sentenza *Commissione c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord* risulta rilevante sotto diversi profili. Anzitutto, si tratta di un ricorso per inadempimento nei confronti del Regno Unito (come è noto, quindi, di un ex Stato membro dell'UE), che sarebbe venuto meno, secondo la Commissione, agli obblighi derivanti dal diritto UE durante il periodo transitorio, successivo all'entrata in vigore dell'accordo di recesso. Da un punto di vista procedurale, il Regno Unito ha rinunciato al diritto di depositare un controricorso, pertanto, la sentenza è stata pronunciata in contumacia.

Quanto agli elementi fattuali del caso, l'origine della complessa vicenda risale al 2002, quando Svezia e Romania avevano concluso un Trattato bilaterale d'investimento (c.d. BIT, 'Bilateral Investment Treaty') secondo cui ciascuna parte contraente avrebbe garantito, *inter alia*, un trattamento giusto e equo agli investitori della controparte. Quando alcuni investitori svedesi hanno ottenuto da un tribunale arbitrale la condanna della Romania per risarcimento danni, la Commissione ha chiesto a quest'ultimo di sospendere l'esecuzione del lodo arbitrale poiché contrario alle norme UE sugli aiuti di Stato. Tale decisione della Commissione, impugnata dinanzi al Tribunale (sentenza del 18 giugno 2019, causa T-624/15, T-694/15 e T-704/15, *European Food e a. c. Commissione*), veniva annullata, e successivamente costituiva oggetto di un ricorso dinanzi alla Corte. Il ruolo della Corte suprema del Regno Unito, in questa vicenda giudiziaria, consiste nell'aver disposto, con la sentenza nella causa *Micula c. Romania*, l'esecuzione del lodo arbitrale prima che la Corte di giustizia si pronunciasse. La sentenza della Corte suprema del Regno Unito era stata, infatti, emessa il 19 febbraio 2020, mentre il giudice di Lussemburgo si pronunciava il 25 gennaio 2022 (causa C-638/19 P, *Commissione c. European Food e a.*). Con questa, la Corte di giustizia annullava la sentenza del Tribunale e rinviava la causa dinanzi ad esso.

Nella sentenza in oggetto, la Corte si pronuncia, per la prima volta, sull'esecuzione di un lodo arbitrale da parte di uno Stato membro nei confronti di un altro Stato membro, emesso da un tribunale arbitrale ai sensi della Convenzione per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati (ICSID). Quest'ultima, come è noto, è un accordo internazionale che gli Stati membri dell'UE hanno ratificato prima di aderire all'UE e che, quindi, dal punto di vista dell'UE, rientrerebbe, ai sensi dell'art. 351 TFUE, negli obblighi antecedenti l'adesione all'UE.

La Corte, accogliendo le censure della Commissione a sostegno del suo ricorso per inadempimento, stabilisce che il Regno Unito ha violato gli artt. 4, par. 3, TUE, 108, par. 3, TFUE, 267 TFUE, e 351, primo comma, TFUE. In primo luogo, il Regno Unito è venuto meno all'obbligo di leale cooperazione, sancito dall'articolo 4 TFUE, poiché, sebbene l'art. 351 TFUE costituisca una deroga al primato del diritto UE sugli obblighi internazionali degli Stati membri antecedenti l'adesione all'UE, la sua interpretazione deve rimanere restrittiva. Al contrario, la Corte suprema del Regno Unito le ha attribuito una portata ampia. In secondo luogo, un'ulteriore violazione dell'art. 4 TUE deriva dal mancato rispetto, da parte del giudice britannico, dell'obbligo di sospensione del proprio procedimento in attesa della decisione del giudice di Lussemburgo che, nello specifico, avrebbe statuito anche



sula portata dell'art. 351 TFUE. In terzo luogo, il Regno Unito viola l'art. 4 TFUE per aver ordinato ad un altro Stato membro (la Romania, nel caso di specie), di dare esecuzione a un lodo arbitrale, violando il diritto UE che invece lo vietava, attraverso una decisione della Commissione, come aiuto di Stato illegittimo. Infine, il Regno Unito non rispetta gli obblighi *ex art.* 267 TFUE poiché, nonostante fossero emersi dubbi sulla corretta interpretazione dell'art. 351 TFUE, la sua Corte suprema non ha proceduto ad avvalersi del rinvio pregiudiziale pur avendone l'obbligo come giudice di ultima istanza. Il rischio in cui è incorso il giudice britannico è quello di una errata interpretazione, così come è di fatto avvenuto.

### **Diritto all'autodeterminazione, Fronte polisario e conseguenze sugli accordi UE-Marocco**

AG Čapeta, Conclusioni del 21 marzo 2024, cause riunite C-778/21 P, *Commissione c. Fronte polisario*, e C-798/21 P, *Consiglio c. Fronte polisario*;

AG Čapeta, Conclusioni del 21 marzo 2024, cause riunite C-779/21 P, *Commissione c. Fronte polisario*, e C-799/21 P, *Consiglio c. Fronte polisario*

Il 21 marzo, l'AG Čapeta pubblica le conclusioni relative a delle cause riguardanti alcuni accordi UE-Marocco e il diritto del popolo saharawi all'auto-determinazione. Quest'ultimo, come è noto, è sostenuto dal movimento del Fronte polisario ('Front populaire pour la libération de la saquia-el-hamra et du rio de oro'). Le prime cause riunite, C-778/21 P, *Commissione c. Fronte polisario*, e C-798/21 P, *Consiglio c. Fronte polisario*, concernono l'accordo UE-Marocco sul partenariato nel campo della pesca e il suo protocollo d'attuazione; le altre cause riunite, C-779/21 P, *Commissione c. Fronte polisario*, e C-799/21 P, *Consiglio c. Fronte polisario*, riguardano l'Accordo sul trattamento tariffario preferenziale. Sebbene le questioni sollevate abbiano in comune la corretta applicazione del principio di auto-determinazione del popolo Saharawi, gli accordi esaminati sono tra loro profondamente differenti. Lo scopo dell'Accordo sul trattamento tariffario preferenziale è di estendere le preferenze commerciali concesse ai prodotti provenienti dal Marocco anche a quelli del territorio del Sahara Occidentale. Quest'ultimo, insomma, estendendo a una parte terza l'applicazione di un accordo tra l'UE e il Marocco, è basato sull'effetto relativo dei trattati, e distingue in modo chiaro tra il territorio del Sahara Occidentale e del Marocco. Diversamente, tali premesse sono assenti nell'Accordo sul partenariato nel campo della pesca poiché il suo scopo è quello di istituire un nuovo sistema giuridico che sostituisca il precedente, regolato dall'Accordo del 2006 e dal Protocollo d'implementazione del 2013. Ulteriore aspetto rilevante è la mancata distin-

zione tra il territorio del Sahara Occidentale e del Marocco poiché l'accordo prevede di regolare 'la zona di pesca', definita da coordinate geografiche che includono anche le acque adiacenti al territorio del Sahara Occidentale.

Nello specifico, quanto alle cause riunite C-778/21 P, *Commissione c. Fronte polisario*, e C-798/21 P, *Consiglio c. Fronte polisario*, come anticipato, la questione oggetto del ricorso concerne l'Accordo UE-Marocco, firmato nel 2019, sul partenariato nel campo della pesca e il suo Protocollo d'attuazione in merito al quale il Fronte polisario aveva chiesto, e ottenuto, dinanzi al Tribunale, l'annullamento dell'atto del Consiglio che ne approvava la conclusione (sentenza del 29 settembre 2021, T-344/19 et T-356/19, *Fronte Polisario c. Consiglio*). Successivamente, nel 2021, sia la Commissione sia il Consiglio, separatamente, presentavano ricorso dinanzi alla Corte. La questione a cui la Corte è chiamata a rispondere è se l'UE possa concludere un accordo di partenariato sulla pesca con il Marocco che copra anche le acque adiacenti al territorio del Sahara Occidentale. L'AG Ácapeta, nelle sue conclusioni, propone alla Corte di confermare la sentenza di annullamento del Tribunale. Tuttavia, i motivi su cui si basa il ragionamento dell'AG sono differenti da quelli del Tribunale. Mentre quest'ultimo annullava l'atto del Consiglio poiché l'istituzione UE avrebbe dovuto rispettare il diritto all'autodeterminazione e il principio dell'effetto relativo dei trattati, l'AG ritiene che gli accordi in questione non richiedano il consenso del popolo Saharawi, risultante dal principio dell'effetto relativo dei trattati. L'atto dovrebbe essere annullato, a parere dell'AG, perché tali accordi non avrebbero rispettato il diritto all'autodeterminazione mancando di trattare come 'separate e distinte' le acque adiacenti al territorio del Sahara Occidentale. Non emerge, infatti, da tali testi come 'il principio della giusta distribuzione geografica e sociale del contributo finanziario' vada applicato concretamente, in modo differenziato, tra il territorio del Sahara Occidentale e del Marocco. L'AG, inoltre, chiarisce che per assicurare al popolo del Sahara Occidentale il godimento dei diritti legittimi sulle risorse del proprio territorio, di cui è titolare, solamente esso dovrebbe beneficiare dei proventi derivanti.

Le cause riunite C-779/21 P, *Commissione c. Fronte polisario*, e C-799/21 P, *Consiglio c. Fronte polisario*, riguardano l'accordo che l'UE e il Marocco hanno firmato, nel 2019, sull'estensione del trattamento tariffario preferenziale, stabilito dall'Accordo di associazione UE-Marocco, ai prodotti originari del territorio del Sahara occidentale. Nel 2019, il Fronte polisario chiedeva e otteneva dal Tribunale che la decisione con la quale il Consiglio concludeva l'accordo in questione fosse annullata (sentenza del 29 settembre 2021, causa T-279/19, *Fronte Polisario c. Consiglio*). Nel 2021, la Com-

missione e il Consiglio, separatamente, impugnavano dinanzi alla Corte la sentenza del Tribunale. Sebbene a differenza di quanto proposto alla Corte nelle sue conclusioni alle cause C-778/21 P, *Commissione c. Fronte polinario*, e C-798/21 P, *Consiglio c. Fronte polinario*, l'AG suggerisca ora di annullare la sentenza del Tribunale, il ragionamento di fondo non muta: il Fronte polinario lotta per l'autodeterminazione del popolo del Sahara occidentale, ma ne rappresenta solo gli interessi di una sua parte. L'AG osserva che, secondo quanto deciso dalla Corte nella causa C-104/16 P (sentenza del 21 dicembre 2016, *Consiglio c. Fronte polinario*), nell'accordo di trattamento tariffario preferenziale, il territorio del Sahara occidentale è correttamente considerato come distinto e separato dal Marocco. Tuttavia, secondo l'AG il popolo Saharawi non è in grado di esprimere la propria posizione in assenza di una rappresentanza eletta o riconosciuta collettivamente. Sulla scia di questo ragionamento, il passaggio successivo richiede di interrogarsi su chi possa legittimamente autorizzare la conclusione di un accordo internazionale sul Sahara Occidentale. Sebbene il Marocco non accetti lo status di 'potenza amministratrice' su tale territorio, dal momento che ritiene di possederne ancora la sovranità, l'UE ha, tuttavia, il diritto di trattarlo come tale ai fini della conclusione dell'accordo internazionale in questione. Per tale motivo, l'AG conclude che il consenso del popolo Saharawi sia stato espresso dal Marocco. Di conseguenza, la decisione contestata non avrebbe violato né il principio dell'effetto relativo dei trattati né il diritto all'auto-determinazione dei popoli.

### **Misure restrittive nei confronti di persone e entità legate alla Bielorussia e alla Russia**

Tribunale (Nona Sezione ampliata), sentenza del 20 marzo 2024, causa T-115/22, *Belshyna AAT c. Consiglio*

Nel 2021, la ricorrente, Belshyna AAT, società produttrice di pneumatici con sede in Bielorussia, era stata inserita nell'elenco delle misure restrittive adottate dall'UE nei confronti di persone, entità o organismi che sostengono il regime di Lukashenko. La Bielorussia è oggetto di misure restrittive da parte dell'UE fin dal 2004, a causa delle sistematiche violazioni della democrazia, lo Stato di diritto e i diritti umani. Come è noto, tali misure restrittive prevedono, *inter alia*, il congelamento dei fondi e delle risorse economiche nei confronti di soggetti inseriti negli elenchi allegati a tali atti. La ricorrente, che compariva in tale elenco per la prima volta nel 2021 (Decisione di esecuzione (PESC) 2021/2125 del Consiglio, del 2 dicembre 2021), e successivamente confermata nel 2022 (Decisione (PESC) 2022/307 del Consiglio del

24 febbraio 2022), e nel 2023 (Decisione (PESC) 2023/421 del Consiglio, del 24 febbraio 2023), chiede inizialmente l'annullamento degli atti adottati nel 2021, e in seguito, tramite adattamento del ricorso, anche degli atti del 2023, ma non inserisce nel proprio ricorso quelli del 2022.

La questione procedurale che il Tribunale deve affrontare è la ricevibilità dell'adattamento del ricorso. Sul punto, il Tribunale ricorda che il ricorrente ha il diritto di adattare il ricorso, ai sensi dell'Articolo 86, paragrafo 1, del regolamento di procedura del Tribunale, prima della chiusura della fase orale o prima della decisione del Tribunale di statuire senza fase orale, a condizione che l'atto di cui si richiede l'annullamento abbia il medesimo oggetto. Nel caso di specie, gli atti impugnati hanno ad oggetto sempre misure restrittive che comportano il congelamento dei fondi e delle risorse economiche della ricorrente. Di conseguenza, sebbene Belshyna AAT non abbia chiesto l'annullamento degli atti del 2022, il Tribunale dichiara che il ricorso è ricevibile. Quanto al merito della decisione, il Tribunale accoglie la richiesta di annullamento concludendo che il Consiglio non è stato in grado di dimostrare, con prove concrete, precise e coerenti, che la ricorrente costituisca una sostanziale fonte di reddito per il regime di Lukashenko e che la Bielorussia ne tragga direttamente vantaggio.

Tribunale (Prima Sezione), sentenza del 20 marzo 2024, causa T-743/22, *Mazepin c. Consiglio*

Il caso *Mazepin contro Consiglio* riguarda l'inserimento del sig. Nikita Mazepin nell'elenco delle persone oggetto delle misure restrittive, che prevedono il congelamento dei capitali e il divieto di ingresso nel territorio degli Stati membri, adottate dall'UE nei confronti della Russia a causa dell'aggressione contro l'Ucraina. Il motivo per cui il sig. Nikita Mazepin è stato inserito in tale elenco è legato al padre, il sig. Dmitry Mazepin, che è un noto imprenditore in settori economici che costituiscono una notevole fonte di reddito per il governo russo, e che, secondo il Consiglio, sarebbe il principale sponsor delle attività del figlio come pilota da corsa nella scuderia di Formula 1 Haas. Il sig. Nikita Mazepin chiede al Tribunale di annullare gli atti che lo riguardano (decisione (PESC) 2022/1530 del Consiglio, del 14 settembre 2022; regolamento di esecuzione (UE) 2022/1529 del Consiglio, del 14 settembre 2022; decisione 2014/145/PESC del Consiglio), sostenendo che il Consiglio abbia commesso un errore di valutazione.

Il Tribunale, accogliendo la richiesta del ricorrente, annulla gli atti in questione ricordando che il criterio utilizzato dal Consiglio per inserire il sig. Nikita Mazepin nell'elenco, per «associazione», deve essere interpretato nel

senso di essere legati, in generale, da interessi comuni. Il legame in oggetto non deve essere solo familiare, ma deve essere supportato da un insieme di indizi sufficientemente concreti, precisi e concordanti. Nel caso di specie, il Consiglio non ha dimostrato l'esistenza di un legame economico o di interessi comuni tra il padre e il figlio. Nello specifico, per quanto attiene alla sponsorizzazione delle attività del sig. Nikita Mazepin da parte del padre, il Tribunale nota che dal marzo 2022, egli non è più pilota da corsa. Il solo legame familiare, insomma, non è sufficiente per mantenere il suo nome negli elenchi delle persone oggetto delle misure restrittive.