

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

2
2024

RIVISTA QUADERNI AISDUE

ES

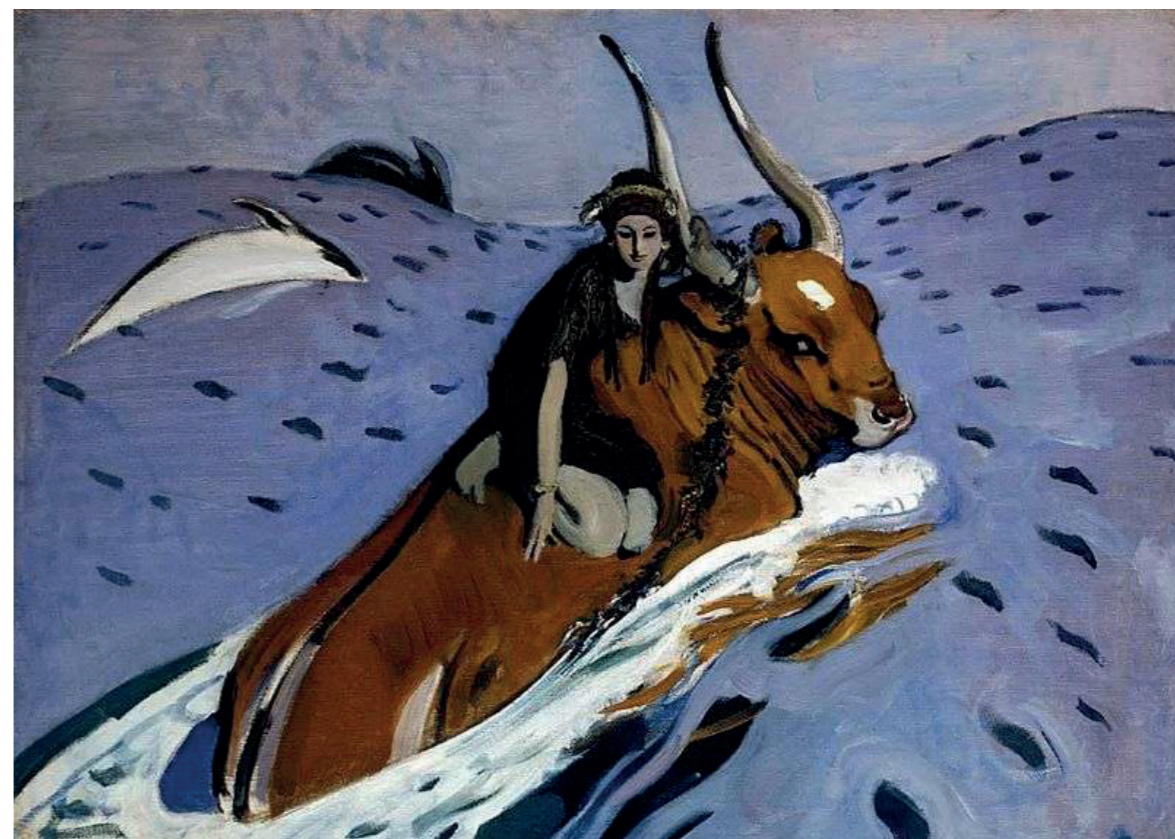
ISSN 2975-2698



RIVISTA QUADERNI AISDUE

2/2024

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

2024/2

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).

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.

Proprietà letteraria riservata

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

INDICE

Articoli

- GAMBINO C., Direttiva Bolkestein, concessioni balneari ed effetti diretti in “situazioni triangolari”: qualche spunto di riflessione 11

Note e commenti

- MASTROIANNI G., Il DDL Spazio italiano: le nuove *governance*, il dubbio sulla disciplina dei voli sub orbitali e l’allontanamento dal modello USA 35

BlogDUE

- BERGAMASCHI N., “Hanno tutti ragione”: l’art. 351, par. 1, TFUE, e l’incomunicabilità tra giudici in *Commissione c. Regno Unito* 59
- CECI F., Una prima lettura del Regolamento (UE) 2023/2675 sulla co-ercizione economica da parte di Paesi terzi 75
- COMITO L., L’autonomia processuale degli Stati membri alla prova del diritto della concorrenza: il caso *Heureka Group* (Comparateurs de prix en ligne) 93
- DE MAESTRI M. E., Annuncio ritardo: la proposta di legge spaziale europea fra supposizioni e bisogni 103
- DIVERIO D., Dalla Corte costituzionale due recenti e inequivoche indicazioni circa la necessità di interpretare i principi della nostra Costituzione economica in conformità all’ordinamento dell’Unione europea 117
- FERRI M., The exercise of the discretionary clause in the Dublin system and its justiciability after the *AHY* judgment: it is only a matter of national law...but at what price! 129

FINA T., Limitare la libera circolazione dei cittadini: da <i>Nordic Info BV c. Belgische Staat</i> alla futura riforma del Codice Schengen	147
MARCHIORO I., Le conclusioni dell'Avvocato generale in <i>Mirin</i> : un nuovo tassello nel puzzle del riconoscimento degli status personali	163
PAU A., I consumatori come veicolo per il rispetto del diritto internazionale. Le conclusioni dell'Avvocato generale <i>Ćapeta</i> nella causa C-399/22, <i>Confédération paysanne</i> sull'indicazione di origine dei prodotti del Sahara occidentale	177
PIROZZI F., Il “nuovo” requisito dell'indipendenza nella giurisprudenza sulla nozione di giurisdizione <i>ex art. 267 TFUE</i> : il caso <i>NADA</i>	193
REMONDINO V., Gli accordi sul commercio digitale tra liberalizzazione degli scambi e protezione dei dati personali e della privacy: implicazioni per la politica commerciale comune dell'Unione europea	201
ROSANÒ A., <i>Oportet ut scandala eveniant?</i> Considerazioni sull'istituzione dell'organismo interistituzionale per le norme etiche dell'Unione europea	215
RUGANI G., The Economic Partnership Agreement between the European Union and the Republic of Kenya: an example of “variable geometry” approach	229
RUSSO F., La Corte di giustizia si pronuncia sul mancato rilascio della carta di identità valida per l'espatrio: il caso <i> Direcția pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date</i>	241
 <i>Atti Convegno IFA</i> <i>(Immigrazione, Frontiere e Asilo) – Roma, 13 ottobre 2023</i> I flussi migratori via mare e il diritto dell'Unione europea	
MARINAI S., Premessa	249
SPITALERI F., L'immigrazione via mare tra obblighi degli Stati e diritti delle persone	253
INGRAVALLO I., Gli strumenti di controllo sul rispetto dei diritti fondamentali nelle attività operative di Frontex	255

INDICE	7
COLOMBO E., Il ruolo delle ONG nelle operazioni di ricerca e soccorso nel Mediterraneo: la necessità di un coordinamento europeo	275
PISTOIA E., Il Piano d'azione per il Mediterraneo centrale	297
BATTAGLIA F., Il <i>Memorandum of understanding UE-Tunisia</i> : profili giuridici e impatto sui diritti umani	301
BORRACCETTI M., Il contrasto alla tratta di persone e la prospettiva di riforma del 2024: alcune riflessioni	329
 Segnalazioni	
PARISI N., RINOLDI G. D., Il “caso Ungheria” nell’Unione europea: ora si pone la questione della Presidenza del Consiglio	359
 Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo (IFA) Aggiornamenti sulla giurisprudenza (a cura di Erika Colombo e Francesco Luigi Gatta)	
Bollettino mensile n. 5 – maggio 2024	369
Bollettino mensile n. 6 – giugno 2024	377
Bollettino mensile nn. 7/8 – luglio 2024	385
 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. 3 – maggio e giugno 2024	395
Bollettino bimestrale n. 4 – luglio e agosto 2024	415
 Forum La proiezione internazionale dell’Unione europea (PIUE) Rassegna di giurisprudenza (a cura di Cristina Contartese)	
Bollettino trimestrale n. 2 – aprile-giugno 2024	433

Articoli

DIRETTIVA BOLKESTEIN, CONCESSIONI BALNEARI ED EFFETTI
DIRETTI IN “SITUAZIONI TRIANGOLARI”:
QUALCHE SPUNTO DI RIFLESSIONE

Chiara Gambino*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La *vexata quaestio* degli effetti diretti delle direttive. – 3. I limiti concernenti i c.d. effetti verticali all’inverso o *in malam partem*. – 4. Le ricadute della giurisprudenza della Corte di giustizia sulle fattispecie in esame. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

È quanto mai attuale, in questo momento, il tema della compatibilità con il diritto UE della disciplina in vigore nell’ordinamento italiano in materia di concessioni demaniali marittime e fluviali a scopo turistico-ricreativo¹.

È, infatti, scaduto il 31 dicembre scorso il termine individuato dal Consiglio di Stato nelle note sentenze “gemelle” nn. 17 e 18 del 2021² e

* Dottore di Ricerca in Democrazia e Diritti Umani presso l’Università degli Studi di Genova.

¹ In argomento cfr., *ex plurimis*, A. CIRCOLO, *L’affidamento competitivo delle spiagge italiane. Riflessioni a partire dalla sentenza del TAR Lecce n. 1223/2023*, in *RCE*, 2024, p. 1 ss.; C. CURTI GIALDINO, *La sentenza della Corte di giustizia europea del 20 aprile 2023 in tema di concessioni balneari: spunti critici e proposte per chiudere una storia infinita*, in *OIDU*, 2023, p. 455 ss.; A. NATO, *Le concessioni balneari, tra mercato interno, armonizzazione e tutela della proprietà: primato, effetto diretto e disapplicazione nella causa Autorità garante della concorrenza e del Mercato c. Comune di Ginosa*, in *EJ*, 2023, p. 22 ss.; G. PARODI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime tra disapplicazione e incidente di costituzionalità. Questioni aperte, opacità della giurisprudenza*, in *DPCE online*, 2023, p. 160 ss.; R. MASTROIANNI, *L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *RJ*, 2022, p. 105 ss.; C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli “comunitari” e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *DUE*, 2021, p. 247 ss.; E. CANNIZZARO, *Demanio Marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell’Ad. Plen. del Consiglio di Stato*, in *giustiziainsieme.it*, 2021; A. CIRCOLO, *L’epilogo della proroga ex lege delle concessioni balneari*, in *SIE*, 2021, p. 573 ss.; F. FERRARO, *Diritto dell’Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell’Adunanza Plenaria?*, in *Diritto e società*, 2021, p. 359 ss.

² Segnatamente, con le sentenze rese in Adunanza Plenaria del 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, il Consiglio di Stato ha affermato l’obbligo di disapplicazione dell’art. 1, commi 682 e 683, della l. n. 145/2018 per contrasto con i principi eurolunitari sul rilievo che «le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga

(inizialmente) accolto, a livello normativo, dall'art. 3 della legge 118/2022³ ai fini della “messa a gara” delle concessioni balneari originariamente assegnate in difetto di alcuna procedura di selezione e tuttora efficaci (ancorché, perlopiù, assai risalenti) in virtù delle numerose proroghe *ex lege* che, come è noto, si sono susseguite, in Italia, nel corso degli ultimi anni⁴.

automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative (...) sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 T.F.U.E. e con l'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai Giudici, né dalla Pubblica Amministrazione». Il Consiglio di Stato, peraltro, ha aggiunto che «al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.». Pare opportuno precisare che il Consiglio di Stato è recentemente intervenuto – sebbene attraverso un mero *obiter dictum* – anche in relazione alla proroga fino al 31 dicembre 2025 disposta dal legislatore nazionale con l'art. 10-*quater*, comma 3, del d.l. n. 198/2022 (sul quale ci si soffermerà *infra*). Nella sentenza della Sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192, infatti, si legge che «sulla base di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell'art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-*quater*, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/02/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della Direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato».

³ Il comma 3 della disposizione in oggetto precisa, peraltro, che «in presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, l'autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2024».

⁴ Nel corso degli ultimi anni, come è noto, il legislatore italiano è intervenuto a più riprese, anche alla luce delle procedure di infrazione avviate al riguardo dalla Commissione, con il dichiarato intento di assicurare il progressivo allineamento della disciplina vigente nel nostro ordinamento con gli obblighi derivanti dal diritto UE mediante l'introduzione, tuttavia, di proroghe *ex lege* della durata delle concessioni balneari in essere. Vale la pena rammentare che, in virtù dell'art. 1, comma 1, d.l. 400/1993, fino all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso le concessioni balneari avevano durata pari a sei anni, prorogabili, senza limiti, ogni sei anni a semplice richiesta del concessionario. La legge n. 296/2006 ne ha aumentato, inoltre, l'efficacia fino a vent'anni. L'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009 ha disposto, poi, la proroga

Significative complicazioni rispetto all’espletamento di detti adempimenti – gli unici, secondo quanto chiarito dalla Corte di giustizia⁵, in grado di assicurare il rispetto degli obblighi derivanti dall’art. 12 della direttiva Bolkestein – discendono, tuttavia, dal c.d. decreto Milleproroghe, il quale

delle concessioni all’epoca vigenti fino al 31 dicembre 2012; efficacia che, in sede di conversione in l. n. 221/2012, è stata estesa fino al 31 dicembre 2015. Successivamente, la legge n. 145/2018 ha fissato una ulteriore proroga di quindici anni, sancendo la scadenza dei rapporti in questione al 31 dicembre 2033. Questa disposizione è stata, tuttavia, abrogata dalla legge n. 118/2022, che ha fissato la scadenza delle concessioni in vigore al 31 dicembre 2023 (con possibilità di ulteriore proroga, invero, in presenza di determinate condizioni) al 31 dicembre 2024. La legge 14/2023 (legge di conversione del d.l. n. 198/2022, c.d. decreto Milleproroghe) ha prorogato detti termini di un ulteriore anno e stabilito, all’art. 10-*quater*, comma 3, che le concessioni in essere al 27 agosto 2022 (data di entrata in vigore della citata legge n. 118/2022) «continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori». In merito a questi aspetti è, peraltro, in corso, come noto, una procedura di infrazione contro lo Stato italiano (procedura 2020/4118 C (2020) 7826final, 3 dicembre 2020).

⁵ Come è noto, con la sentenza *Promoimpresa* (Corte giust. 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15) la Corte di giustizia ha rilevato la contrarietà rispetto al diritto UE e, in particolare, all’art. 12, della direttiva 2006/123 delle misure nazionali che prevedano la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati. Tali conclusioni si fondano sul rilievo che «una normativa nazionale ... che prevede una proroga ex lege della data di scadenza delle autorizzazioni equivale a un loro rinnovo automatico, che è escluso dai termini stessi dell’articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123» (punto 50) e che «la proroga automatica di autorizzazioni relative allo sfruttamento economico del demanio marittimo e lacuale non consente di organizzare una procedura di selezione» che presenti le richieste garanzie di imparzialità e trasparenza (punto 51). Tali conclusioni sono state recentemente confermate dalla sentenza relativa al caso *AGCM/Comune di Ginosa* (Corte giust. 20 aprile 2023, C-348/22), nell’ambito della quale, in particolare, si è riconosciuta espressamente l’idoneità dell’art. 12 a produrre effetti diretti. Al punto 74, tale pronuncia statuisce, infatti, che «l’articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che l’obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un’autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere considerati disposizioni produttive di effetti diretti». Pare opportuno precisare che, invero, l’obbligo di indizione delle gare è subordinato alla verifica della scarsità delle autorizzazioni disponibili. L’art. 12, par. 1, della direttiva puntualizza, infatti, che solo «qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un’adeguata pubblicità dell’avvio della procura e del suo svolgimento e completamento».

ha disposto, tra l'altro, *i*) la proroga automatica delle concessioni fino al termine del 2024 (oltre che l'estensione dell'efficacia di quelle in essere al momento dell'entrata in vigore di tale strumento «sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori») e *ii*) il divieto, per le Amministrazioni, di emanare bandi di assegnazione prima dell'adozione degli appositi decreti tesi al riordino della materia⁶.

I Comuni si vedono contesi, pertanto, tra gli opposti e tra loro incompatibili obblighi derivanti, per un verso, dalle summenzionate disposizioni di diritto interno che sanciscono la proroga *ex lege* delle concessioni vigenti (almeno) fino alla fine del 2024 e precludono, per un lasso di tempo attualmente indeterminato, l'attivazione delle procedure funzionali alle nuove assegnazioni; e, per altro verso, dal diritto UE, la cui osservanza sono anch'essi, come è noto, tenuti ad assicurare, tanto più alla luce delle inequivocabili prese di posizione assunte in relazione ai temi in discorso dalla Corte di giustizia⁷.

La situazione dianzi brevemente descritta è foriera, evidentemente, di profonde incertezze in merito all'individuazione della condotta da assumere in relazione alle tematiche di cui trattasi.

Dubbia è, per esempio, la sorte dei procedimenti aventi ad oggetto istanze di proroga fondate sulle summenzionate disposizioni di diritto nazionale, in quanto destinati a risolversi in maniera diametralmente opposta a seconda che si dia applicazione o meno a dette norme a fronte della loro conclamata contrarietà rispetto al diritto UE. Analoghe criticità si riscontrano, inoltre, con riferimento ai provvedimenti volti a portare a conoscenza degli interessati l'intervenuta cessazione dell'efficacia delle concessioni di cui sono titolari ed il conseguente obbligo di sgomberare le aree loro assegnate.

⁶ Ci si riferisce, nello specifico, alle modifiche apportate al summenzionato art. 3, l. n. 118/2022 dall'art. 12, comma 6-*sexies*, lett. a), d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14, in virtù delle quali è stata disposta la proroga dell'efficacia delle concessioni in essere fino a fine del 2024 (lasciando intravedere, peraltro, margini per ulteriori proroghe). L'art. 1, punto 8, del citato decreto ha determinato, inoltre, l'inserimento, nel contesto dell'art. 4 della legge n. 118/2022, del comma 4-*bis*, recante il divieto, per le Amministrazioni comunali, di emanare nuovi bandi fino all'adozione, da parte del Governo, dei decreti legislativi volti a riordinare la materia.

⁷ Nell'ambito della causa *AGCM/Comune di Ginosa*, sopra citata, la Corte di giustizia ha puntualizzato, al punto 77, che – come già chiarito fin dalla pronuncia relativa al caso *Costanzo* (Corte giust. 22 giugno 1989, C-103/88, *Costanzo*, punti 28-33) – «l'amministrazione, anche comunale, è tenuta, al pari del giudice nazionale, ad applicare le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a tali disposizioni».

A rigore, la (apparentemente lineare) ricostruzione del quadro normativo di riferimento che emerge dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Consiglio di Stato indurrebbe a ritenere sussistente, in capo alle amministrazioni, un vero e proprio obbligo non solo *i*) di rigettare eventuali istanze di proroga fondate su norme o misure nazionali che consentano di provvedervi automaticamente (al di fuori, cioè, di qualsiasi procedura di selezione) ma anche *ii*) di prendere atto dell'inefficacia delle concessioni già oggetto di proroghe rilasciate in forza di disposizioni di questo genere e di intimare, di conseguenza, lo sgombero e la restituzione delle aree al fine di provvedere alla relativa riassegnazione mediante gara.

Come è noto, con le citate sentenze rese in Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021 (cui la successiva giurisprudenza amministrativa si è allineata in maniera sostanzialmente uniforme), il Consiglio di Stato ha affermato espressamente, infatti, che – alla luce del divieto, per gli Stati membri, di disporre proroghe automatiche e generalizzate con riferimento a questo genere di rapporti – i giudici e le amministrazioni nazionali dovrebbero reputarsi tenuti a disapplicare le norme di diritto interno recanti la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime in vigore e a dichiarare, per l'effetto, la decadenza dei diritti dei concessionari fondati su tali disposizioni.

Simile impostazione solleva, tuttavia, non trascurabili perplessità in considerazione della nota inidoneità delle direttive a produrre effetti diretti *in malam partem* (c.d. *inverse direct effect*) cui dovrebbe corrispondere l'impossibilità, per lo Stato, di invocare contro il privato la natura *self-executing* di una direttiva non correttamente recepita (o, con specifico riferimento al caso di specie, disattesa da una disciplina di diritto interno incompatibile con i suoi precetti)⁸.

⁸ Pare, infatti, doversi escludere la possibilità di aggirare il problema riconducendo gli effetti in discorso all'art. 49 TFUE che, in quanto norma di diritto primario, non soggiace al divieto di applicazione diretta *in malam partem* sancito a proposito delle direttive. Nell'ambito della causa *AGCM/Comune di Ginosa*, sopra citata, la Corte di giustizia ha precisato che «qualsiasi misura nazionale adottata in un settore che è stato oggetto di un'armonizzazione esaustiva o completa a livello dell'Unione deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione» (punto 36). Sul tema cfr., *ex plurimis*, G. GRECO, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le regole: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, in *federalismi.it*, 2023. È, inoltre, opportuno rammentare, per completezza, che l'operatività dell'art. 49 TFUE postula la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo (sul punto, cfr., *ex plurimis*, Corte giust. 16 aprile 2015, C-278/14, *Enterprise Focused Solutions*; 6 ottobre 2016, C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni*). Tale requisito risulta, invece, irrilevante ai fini dell'operatività dell'art. 12 della direttiva Bolkestein. Con la pronuncia *X e Visser* (Corte

Ne discende, quindi, l'interrogativo se sia consentito, in base al diritto UE, far valere gli obblighi derivanti, secondo quanto chiarito dalla Corte di giustizia, dall'art. 12 della direttiva Bolkestein, nei confronti del concessionario uscente, a fondamento di dinieghi di proroga e/o di provvedimenti che sanciscano la cessazione della concessione ed il conseguente obbligo di sgomberare l'area, pur a fronte delle norme di diritto interno che, come si è visto, ne dispongono la proroga *ex lege*.

Non può trascurarsi, infatti, che – come è stato rilevato in dottrina⁹ – «la Corte di giustizia ha semplicemente accertato l'esistenza di un conflitto normativo fra i due regimi, senza però indicarne le conseguenze giuridiche, non richieste dal giudice a quo». È, quindi, cruciale verificare – in assenza, per il momento, di esplicite e puntuali prese di posizione da parte dei giudici di Lussemburgo – a quali condizioni ed entro quali limiti l'adozione di provvedimenti del citato tenore può reputarsi consentita e legittimata alla luce della giurisprudenza UE sugli effetti *in malam partem* delle direttive.

2. *La vexata quaestio degli effetti diretti delle direttive*

Quello concernente gli effetti diretti delle direttive rappresenta, come è noto, uno dei temi maggiormente controversi del diritto UE.

Le questioni aperte sono, infatti, ancora molte e, ciclicamente, emergono le incoerenze e le potenziali disparità di trattamento derivanti dalla stratificazione di pronunce apparentemente non riconducibili ad una *ratio* omogenea. Nonostante i numerosi sforzi profusi dalla dottrina (italiana e straniera), non esiste, per il momento, una teoria suscettibile di descrivere ed illustrare in maniera unitaria i meccanismi sottesi all'effetto diretto delle di-

giust. 30 gennaio 2018, C-360/15 e C-31/16, punto 108), la Corte ha riconosciuto, infatti, che «le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123 si applicano anche alle situazioni puramente interne». Tali conclusioni sono state, poi, confermate, con specifico riferimento alle concessioni demaniali marittime, nell'ambito della citata sentenza *AGCM/Comune di Ginosa*. A. CIRCOLO, *L'affidamento competitivo delle spiagge italiane*, cit., p. 16, rileva che tale scelta è riconducibile all'obiettivo di evitare che le norme in questione producano il paradossale effetto di favorire la concorrenza tra Stati senza, tuttavia, proteggere quella esclusivamente interna (c.d. discriminazioni alla rovescia).

⁹ E. CANNIZZARO, *Demanio Marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee?*, cit. L'Autore si esprime con riferimento alla sentenza *Promoimpresa*, sopra citata, ma le medesime considerazioni sembrerebbero potersi estendere anche alla successiva pronuncia *AGCM/Comune di Ginosa*, sopra citata.

rettive UE e, in particolare, i confini tra le sue diverse forme e declinazioni¹⁰.

Esula dall'oggetto del presente lavoro una ricostruzione sistematica della giurisprudenza che si è pronunciata sulle tematiche in oggetto e delle correlate criticità, così come, a maggior ragione, qualsiasi tentativo di razionalizzare i *dicta* da essa desumibili.

Scopo dei paragrafi che seguono è, invece, richiamare brevemente i ragionamenti che si pongono alla base dell'enucleazione, ad opera della Corte, delle condizioni e dei limiti concernenti l'idoneità delle direttive a produrre effetti diretti nelle c.d. situazioni “verticali” al fine di delineare le coordinate sulla scorta delle quali ci si propone di rispondere ai quesiti illustrati in premessa.

È noto, innanzi tutto, che, in linea di principio, le direttive non sono suscettibili di produrre effetti diretti, in quanto, se non altro, “condizionate”, per definizione, all'adozione, a livello nazionale, di apposite misure di attuazione e di recepimento.

È, tuttavia, altrettanto noto che, progressivamente, la Corte è giunta ad affermare l'idoneità a produrre effetti diretti, in presenza di determinati presupposti, anche delle disposizioni contenute in tali strumenti di diritto derivato, e ciò, nello specifico, in caso di mancata o inesatta trasposizione allorché *i*) sia inutilmente spirato il termine per il relativo recepimento e *ii*) le norme considerate esprimano un precetto chiaro, preciso ed incondizionato¹¹.

La *ratio* addotta a fondamento di tale meccanismo fa perno, secondo

¹⁰ In argomento, cfr., *ex plurimis*, L. CECCHETTI, *Verso i cinquant'anni dell'effetto diretto delle direttive: questioni ancora aperte*, in *I Post di AISDUE*, n. 34, 2023, p. 775 ss.; D. GALLO, *Rethinking direct effect and its evolution: a proposal*, in *European Law Open*, 2022, p. 576 ss.; L. SQUINTANI, J. LINDEBOOM, *The normative impact of invoking directives: casting light on direct effect and the elusive distinction between obligations and mere adverse repercussions*, in *YEL*, 2019, p. 18 ss.; R. SCHUTZE, *Direct Effects and Indirect Effects*, in R. SCHUTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles of European Union Law*, Oxford, 2018, p. 265 ss.; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018; A. ALBORS-LLORENS, *The direct effect of EU directives: fresh controversy or a storm in a teacup?*, in *ELR*, 2014, p. 850 ss.; J. M. APPLETON, *The indirect-direct effect of European Community directives*, in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2000, p. 59 ss. Sul tema dei rapporti tra ordinamenti e degli effetti diretti delle fonti di diritto UE, cfr., *ex plurimis*, D. GALLO, *L'evoluzione dell'effetto diretto e dei suoi rapporti con il primato e l'immediata applicazione del diritto UE negli ordinamenti nazionali*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Atti del XXIV Convegno della SIDI, Napoli, 2020, p. 131 ss.

¹¹ Corte giust. 4 dicembre 1974, 41/74, *Van Duyn*, punto 9 ss.

quanto evidenziato nell'ambito della sentenza *Van Duyn*, sul (triplice) rilievo che: *i*) escluderlo sarebbe incompatibile con l'efficacia vincolante delle direttive; *ii*) l'effetto utile di tali strumenti sarebbe indebolito qualora fosse preclusa ai singoli la possibilità di invocarne l'applicazione dinanzi ai giudici nazionali; *iii*) trattandosi di atti in relazione ai quali è possibile esperire rinvio pregiudiziale, se ne deve desumere che anch'esse sono suscettibili di essere invocate dinanzi ai giudici nazionali¹². Con la sentenza *Ratti*¹³, inoltre, la Corte ha aggiunto – ad ulteriore illustrazione delle ragioni sottese al meccanismo di cui trattasi – *iv*) che, diversamente, gli Stati membri finirebbero per trarre vantaggio dal proprio inadempimento, riconducendo, così, il meccanismo dell'effetto diretto (anche) ad un intento pedagogico e sanzionatorio¹⁴.

La Corte ha chiarito, altresì, che gli effetti diretti delle direttive possono essere invocati esclusivamente *i*) nell'ambito di controversie di tipo verticale, di cui, cioè, siano parte lo Stato (secondo la relativa accezione estensiva ricavabile dalla giurisprudenza UE)¹⁵ e un individuo, e non anche nei rapporti interindividuali¹⁶, e soltanto *ii*) contro lo Stato, con conseguente impossibilità, per le amministrazioni, di avvalersene a discapito dei privati¹⁷. Ciò, segnatamente, in considerazione del fatto che *a*) la direttiva – vincolando solo

¹² *Ibidem*.

¹³ Corte giust. 5 aprile 1979, 148/78.

¹⁴ Al punto 22 della sentenza *Ratti*, sopra citata, si legge, segnatamente, che «lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti d'attuazione imposti dalla direttiva non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa». In questi medesimi termini, attraverso la sentenza *Marshall* (Corte giust. 26 febbraio 1986, 152/84, *Marshall*), la Corte, al punto 49, ha espresso il principio in base al quale «gli amministrati qualora siano in grado di far valere una direttiva nei confronti dello Stato, possono farlo indipendentemente dalla qualità nella quale questo agisce come datore di lavoro o come pubblica autorità. In entrambi i casi è infatti opportuno evitare che lo Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario». R. SCHUTZE, *op. cit.*, p. 278, rileva che questo argomento è noto anche come *estoppel argument*: uno Stato membro che non ha ottemperato all'obbligo su di esso incombente di trasporre una direttiva non può, cioè, invocare il proprio inadempimento quale difesa e, di converso, gli individui hanno il diritto di fare affidamento sulla disciplina contenuta in detta direttiva contro lo Stato.

¹⁵ Ci si riferisce, in particolare, alla nota giurisprudenza di cui fa parte, tra l'altro, la sentenza della Corte giust. 12 luglio 1990, C-188/89, *Foster*.

¹⁶ Cfr. *Marshall*, sopra citata, punto 48, e Corte giust. 14 luglio 1994, C-91/92, *Faccini Dori*, punto 20.

¹⁷ Corte giust. 11 giugno 1987, 14/86, *Pretore di Salò/X*; 8 ottobre 1987, 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*; 26 settembre 1996, C-168/95, *Arcaro*; 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*

gli Stati membri – non può creare obblighi a carico degli individui¹⁸; e che *b*) non avrebbe alcun senso rivolgere le summenzionate logiche sanzionatorie nei confronti di soggetti estranei agli obblighi di recepimento che connotano questo tipo di atti di diritto derivato.

Merita evidenziare, infine, che la Corte ha esteso, attraverso la propria giurisprudenza, la possibilità di invocare le disposizioni contenute all'interno di una direttiva anche alle autorità pubbliche nei rapporti con altre autorità pubbliche o, a determinate condizioni, con enti concessionari di pubblici servizi; e ciò, come si approfondirà in appresso, a prescindere (quanto meno, apparentemente) dalla circostanza che da detti meccanismi discendano conseguenze pregiudizievoli per i soggetti privati che si erano conformati alle norme di diritto nazionale rivelatesi in contrasto con il diritto UE¹⁹.

3. *I limiti concernenti i c.d. effetti verticali all'inverso o in malam partem*

Sulla scorta dei principi dianzi richiamati, la Corte di giustizia ha affermato in più occasioni, come si accennava, l'inidoneità delle direttive ad essere invocate dallo Stato *contro* i c.d. singoli (intesi quali persone fisiche e giuridiche non riconducibili, a loro volta, alla predetta nozione di “Stato”).

Così, in particolare, la Corte ha chiarito, fin dalla sentenza *Marshall*²⁰, che «la direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e che una disposizione di una direttiva non può quindi essere fatta valere, in quanto tale, nei confronti dello stesso». La ragione addotta a fondamento di tali conclusioni si appunta sul rilievo che – in quanto suscettibile di produrre

¹⁸ Nella sentenza *Faccini Dori/Receb*, sopra citata, al punto 24, la Corte ha precisato, a questo riguardo, che estendere la giurisprudenza sugli effetti diretti “all’ambito dei rapporti tra singoli significherebbe riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti”.

¹⁹ Ci si riferisce, per esempio, a Corte giust. 21 marzo 2013, C-244/12, *Salzburger Flughafen* e 12 dicembre 2013, C-425/12, *Portgás*). Attraverso tale ultima pronuncia la Corte ha chiarito, in particolare, che le disposizioni di una direttiva non attuata possono essere fatte valere anche nei confronti di un'impresa privata concessionaria di un servizio pubblico a condizione «che detto servizio d'interesse pubblico sia prestato sotto il controllo di un'autorità pubblica e che detta impresa disponga di poteri derogatori rispetto alle norme applicabili nei rapporti fra singoli» (cfr. punto 26). Pare, peraltro, riconducibile a questo medesimo filone giurisprudenziale anche la sentenza *AGCM/Comune di Ginosa*, sopra citata, in quanto avente ad oggetto una controversia che, parimenti, vedeva contrapposti due soggetti pubblici.

²⁰ *Marshall*, sopra citata.

effetti vincolanti nei soli confronti degli Stati membri che ne sono destinatari – è inconcepibile che una direttiva non correttamente recepita possa generare obblighi in capo a soggetti diversi²¹. Alla base di tale ragionamento v'è, dunque, anche un'esigenza di tutela del legittimo affidamento di coloro che abbiano agito conformemente a norme di diritto interno, ancorché contrarie alla disciplina dettata da una direttiva UE non attuata (o attuata in maniera inesatta o incompleta), non essendo ascrivibile a tali soggetti alcuna responsabilità rispetto all'inadempimento degli obblighi di recepimento (unicamente) incumbenti sullo Stato²².

Sulla scorta di ragionamenti analoghi, con le sentenze *Pretore di Salò*²³ e *Berlusconi*²⁴, inoltre, la Corte ha escluso che una direttiva non attuata possa determinare, di per sé, un aggravamento della responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle relative disposizioni.

Alla luce di quanto precede parrebbe, dunque, ragionevole ritenere che l'idoneità delle disposizioni contenute in una direttiva a produrre effetti diretti e il correlato obbligo del giudice nazionale di disapplicare le norme di diritto interno con esse in contrasto siano circoscritti alle ipotesi in cui tale strumento venga invocato *i*) contro lo Stato inadempiente a favore del beneficiario della disciplina UE e *ii*) su sua specifica richiesta. Scopo dei meccanismi in discorso è, infatti – secondo l'impostazione ritraibile dai *dicta* della sentenza *Van Gend & Loos*²⁵ – assicurare ai singoli la possibilità di beneficiare di un «livello minimo di tutela»²⁶ rispetto ai diritti e ai vantaggi che essi trarrebbero dalla direttiva pur a fronte del relativo mancato o inesatto recepimento da parte degli Stati membri. La dottrina *Van Gend & Loos* si fonda, infatti, sull'assunto che la norma UE considerata conferisca al singolo una

²¹ Ancora di recente, del resto, nell'ambito della sentenza *Poplawski* (Corte giust. 24 giugno 2019, C-573/17) la Corte ha ribadito, al punto 67, che «anche se chiara, precisa e incondizionata, una disposizione di una direttiva non consente al giudice nazionale di disapplicare una disposizione del suo diritto interno ad essa contraria se, in tal modo, venisse imposto un obbligo aggiuntivo a un singolo».

²² In questi termini, in particolare, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., p. 292.

²³ *Pretore di Salò/X*, sopra citata.

²⁴ Sentenza *Berlusconi e a.*, cit. V. anche le ulteriori pronunce citate alla nota 17.

²⁵ Corte giust. 5 febbraio 1963, 26/62, *Van Gend en Loos*. Vale la pena rammentare che, in tale occasione, la Corte ha affermato l'idoneità dell'allora art. 12 TCEE (oggi art. 30 TFUE) a produrre effetti diretti sul rilievo che detta disposizione «ha valore precettivo ed attribuisce ai singoli dei diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare».

²⁶ In questi termini, cfr., *ex plurimis*, *AGCM/Comune di Ginosa*, sopra citata punti 65 e 72, e *Faccini Dori*, sopra citata punto 17.

posizione giuridica favorevole o, comunque, di vantaggio di cui, attraverso i meccanismi in discorso, ci si propone di assicurare l'effettività e la tutela²⁷.

Tali conclusioni sembrerebbero, tuttavia, da rivedere alla luce della successiva giurisprudenza della Corte che, anziché fornire i chiarimenti sperati in ordine alla tipologia di rapporti e controversie in cui è consentito invocare l'operatività dei meccanismi in questione, ha dato adito a ulteriori interrogativi sul punto.

Particolari complessità si rinvengono, per esempio, con riguardo alle c.d. “situazioni triangolari”, caratterizzate, cioè, per il coinvolgimento, in aggiunta all'autorità pubblica, di due soggetti privati distinti, nei cui confronti la direttiva considerata sia suscettibile di produrre effetti di segno opposto, da essa derivando, per una delle parti, una posizione di vantaggio cui corrisponde, di converso, la creazione di una situazione sfavorevole per l'altra parte²⁸. In tali circostanze, la direttiva viene, infatti, invocata da un privato nei confronti di un soggetto pubblico che, per adempiere agli obblighi da essa derivanti, si vede costretto ad adottare provvedimenti dai quali scaturiscono conseguenze pregiudizievoli per un altro privato.

In relazione a fattispecie di questo genere, la Corte ha affermato, a più riprese, l'idoneità della direttiva non trasposta a produrre effetti diretti nonostante le ripercussioni di segno negativo che da ciò sarebbero discese in capo a soggetti diversi dagli istanti, senza, tuttavia, esplicitare in maniera puntuale, per lo meno inizialmente, i termini del proprio ragionamento²⁹.

È, quindi, con la nota pronuncia *Wells*³⁰ che la Corte ha delineato le condizioni e i limiti in presenza dei quali, con specifico riferimento alle “situazioni triangolari”, le direttive possono reputarsi suscettibili di produrre effetti diretti pur a fronte delle ricadute negative da ciò derivanti per la sfera giuridica di altri privati. L'intervento della Corte si innestava, segnatamente,

²⁷ Cfr., sul punto, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., p. 155 ss.

²⁸ In argomento, cfr., *ex plurimis*, A. IERMANO, *L'effetto diretto nelle situazioni triangolari e relativi limiti nei rapporti orizzontali*, in *Freedom, Security & Justice*, 2018, p. 27 ss.; R. KRAL, *Questioning the Limits of Invocability of the EU Directives in Triangular Situations*, in *EPL*, 2010, p. 239 ss.; D. COLGAN, *Triangular Situations: The Coup de Grace for the Denial of Horizontal Direct Effect of Community Directives*, in *EPL*, 2002, p. 545 ss.; M. DOUGAN, *Disguised Vertical Direct Effect of Directives*, in *Cambridge Law Journal*, 2000, p. 586 ss.; K. LACKHOFF, H. NYSENS, *Direct Effect of Directives in Triangular Situations*, in *ELR*, 1998, p. 397 ss.

²⁹ Cfr., in questi termini, Corte giust. 22 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo*; 12 novembre 1996, C-201/94, *The Queen/The Medicines Control Agency, ex parte Smith & Nephew Pharmaceuticals e Primecrown/The Medicines Control Agency*.

³⁰ Corte giust. 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wells*.

nell'ambito di un giudizio instaurato dalla Sig.ra Wells nei confronti del Segretariato di Stato britannico avverso il provvedimento recante il rilascio di una concessione per lo sfruttamento di una cava situata in prossimità della sua abitazione in quanto adottato in difetto della previa valutazione di impatto ambientale (VIA) imposta dalla direttiva 85/337/CEE, all'epoca non ancora traspunta dal Regno Unito. In tale contesto, l'applicazione diretta delle summenzionate disposizioni di diritto UE – comportando l'esigenza di annullare la concessione impugnata – si sarebbe rivelata pregiudizievole per il proprietario della cava, il quale, in quanto soggetto privato, avrebbe subito l'effetto diretto *in malam partem* della direttiva nonostante fosse da ritenersi senz'altro estraneo rispetto a qualsivoglia obbligo di recepimento della disciplina ivi prevista.

In tale pronuncia, la Corte di giustizia – pur ribadendo, in linea con la giurisprudenza dianzi richiamata, che le direttive non possono creare obblighi a carico dei singoli – ha affermato che, di converso, «mere ripercussioni negative sui diritti di terzi, anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello Stato membro interessato»³¹.

Centrale, nel ragionamento della Corte, si è rivelata, pertanto, la distinzione tra situazioni in cui (a) dalla direttiva discendano, a carico dei singoli, veri e propri obblighi, rispetto a quella in cui, invece, (b) l'applicazione di tale strumento sia suscettibile di produrre «mere ripercussioni negative» a carico di detti soggetti³².

La stessa impostazione è stata posta a fondamento, successivamente, del caso *Arcor*³³. Si trattava, in quell'occasione, di verificare la compatibilità con talune direttive dell'obbligo, imposto dalla competente autorità tedesca agli operatori di reti di telecomunicazione interconnesse a rete pubblica, di versare al gestore della medesima, *Deutsche Telecom*, un contributo per le perdite che quest'ultimo, mettendola a disposizione, avrebbe subito. Analo-

³¹ *Wells*, sopra citata, punto 57.

³² Con specifico riferimento alla fattispecie in tale occasione scrutinata, la Corte ha rilevato, al punto 58, che «l'obbligo per lo Stato membro interessato di garantire che le autorità competenti valutino l'impatto ambientale dello sfruttamento della cava di Conygar Quarry non è direttamente connesso all'esecuzione di un qualsiasi obbligo che incomba, ai sensi della direttiva 85/337, sui proprietari della cava. Il fatto che le operazioni minerarie debbano essere interrotte per attendere i risultati della valutazione è, certamente, la conseguenza dell'adempiamento tardivo degli obblighi del detto Stato. Tuttavia, una simile conseguenza non può essere qualificata, come afferma il Regno Unito, come "inverse direct effect" delle disposizioni di tale direttiva nei confronti dei detti proprietari».

³³ Corte giust. 17 luglio 2008, da C-152/07 a C-154/07, *Arcor e a.*

gamente alla fattispecie testé ricordata, la pronuncia di incompatibilità con il diritto UE dell'imposizione in esame – comportando l'esigenza di sopprimere il contributo considerato – era suscettibile di tradursi nella produzione di effetti sfavorevoli per la *Deutsche Telekom*. Sulla scorta del ragionamento delineato nella sentenza *Wells*, la Corte è pervenuta, tuttavia, alla conclusione che gli articoli delle direttive invocate dalle parti ricorrenti hanno «efficacia diretta e possono essere fatti valere direttamente da singoli dinanzi ad un giudice nazionale per contestare una decisione dell'autorità nazionale di regolamentazione»³⁴, in quanto suscettibili di dare luogo alla produzione di «mere ripercussioni negative» a carico del predetto soggetto, e non già all'imposizione di alcun obbligo³⁵.

4. *Le ricadute della giurisprudenza della Corte di giustizia sulle fattispecie in esame*

Sulla base dei *dicta* ricavabili dalla citata sentenza *Wells*, sembrerebbe possibile teorizzare la conformità al diritto UE dell'applicazione diretta dell'art. 12 della direttiva Bolkestein (anche) a fondamento del diniego del diritto del concessionario alla prosecuzione della gestione dell'arenile e del conseguente ordine di sgombero dell'area in precedenza assegnatagli³⁶.

Alla stregua dei proprietari della cava protagonisti del caso *Wells*, infatti, i concessionari uscenti subirebbero, per effetto dell'applicazione diretta della direttiva, «mere ripercussioni negative» “tollerabili”, nella prospettiva del diritto UE, pur a fronte del noto divieto di applicazione *in malam partem* di questa tipologia di atto di diritto derivato.

Tale impostazione desta, tuttavia, talune perplessità. Ciò in considerazione, innanzi tutto, del carattere elusivo e sfuggente della distinzione im-

³⁴ *Ibidem*, punto 44.

³⁵ Al punto 38 della pronuncia *Arcor e a.*, sopra citata, si evidenzia, in particolare, che «occorre poi constatare che la Deutsche Telekom è parte terza rispetto alla controversia sottoposta al giudice del rinvio e può solo subire ripercussioni negative dal fatto che tale operatore ha riscosso il contributo di collegamento di cui trattasi nella causa principale e che, in caso di soppressione di questo contributo, dovrebbe aumentare le proprie tariffe per gli abbonati. Ora. Una tale soppressione di benefici non può essere considerata come un obbligo che incombe ad un terzo in forza delle direttive fatte valere dinanzi al giudice del rinvio dai ricorrenti nella causa principale».

³⁶ In questi termini, cfr., *ex plurimis*, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 9; A. NATO, *op. cit.*, p. 48.

piegata dalla Corte tra obbligazioni e «mere ripercussioni negative»³⁷. Non può trascurarsi, infatti, che – pur trattandosi di profilo dirimente ai fini dell'applicazione, in concreto, dell'impostazione in discorso – la Corte non ha fornito alcuna definizione di tali concetti, né alcun criterio funzionale a distinguerli. Non è chiaro, quindi, per quale ragione, per esempio, non potrebbe sostenersi che l'applicazione diretta della direttiva è foriera di far sorgere, in capo al concessionario uscente, veri e propri obblighi in termini di sgombero e restituzione dell'area.

Non sembrerebbe, pertanto, possibile tracciare con la necessaria certezza il confine tra effetti *in malam partem*, rigorosamente vietati dal diritto UE, e «mere ripercussioni negative» che, di converso, la parte si vedrebbe costretta a tollerare. In questo modo, l'applicazione della direttiva – e, di conseguenza, la stessa individuazione del regime normativo applicabile – viene fatta dipendere da valutazioni di carattere inevitabilmente soggettivo in ordine alla qualificazione degli effetti – incontrovertibilmente pregiudizievoli – da ciò derivanti quali mere ricadute negative, anziché in termini di veri e propri obblighi.

Né può trascurarsi che – diversamente dalla fattispecie che formava oggetto del caso *Wells* – non sempre ricorre, in relazione alle ipotesi qui in considerazione, l'esigenza di assicurare l'operatività dei dettami della direttiva a tutela di determinati soggetti (diversi, evidentemente, dagli attuali concessionari) che parrebbe rappresentare, secondo quanto si è ricordato *supra*, la *ratio* fondante dei meccanismi in discorso.

È cruciale rimarcare, più precisamente, l'enfasi posta dalla Corte, nell'ambito della pronuncia *Wells*, sul rilievo che la produzione di «mere ripercussioni negative» – diversamente dalla generazione di veri e propri obblighi – nella sfera giuridica di soggetti terzi non può giustificare l'impossibilità, per un altro singolo, di far valere le disposizioni di tale strumento normativo nei confronti dell'autorità pubblica interessata³⁸. Da tali statuizioni pare, infatti, doversi desumere che gli effetti collaterali discendenti, a carico di un individuo, dall'applicazione della direttiva – lungi dal potersi assumere come tollerabili e consentiti dal diritto UE in relazione a qualsiasi situazione di tipo triangolare – siano astrattamente ammissibili, in un'ottica di bilanciamento tra le contrapposte esigenze dei privati coinvolti, solo allor-

³⁷ In questi termini si esprimono E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea: l'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2017, p. 125; A. IERMANO, *op. cit.*, p. 45, la quale, in particolare, rileva che la distinzione in esame «appare puramente formale» e sembrerebbe costituire un mero «espediente adottato dalla Corte per rimediare ai limiti dell'efficacia diretta soltanto verticale delle direttive non attuate».

³⁸ *Wells*, sopra citata, punto 57.

ché necessari per salvaguardare la possibilità, per un altro soggetto, di avvalersi delle posizioni giuridiche di vantaggio fondate sulla direttiva medesima.

Non può farsi a meno di rilevare, in questa prospettiva, che, nell’ambito della fattispecie di cui al caso *Wells*, era la omonima signora ad agire a tutela delle proprie prerogative invocando, a loro supporto, le disposizioni di una direttiva. Né può sottacersi che, anche nel contesto delle altre pronunce concernenti “situazioni triangolari”, a subire le conseguenze negative si trovava sempre un soggetto in posizione di terzietà rispetto alla controversia, diverso, in particolare, da quello che agiva nei confronti dell’Amministrazione per ottenere l’applicazione della direttiva di volta in volta considerata³⁹.

Ciò che caratterizza le fattispecie in relazione alle quali si è sviluppata la summenzionata giurisprudenza avente ad oggetto le c.d. situazioni triangolari e le (quanto meno apparenti) deroghe al divieto di far discendere dalle direttive effetti diretti *in malam partem* sembrerebbe essere, dunque, la presenza di un soggetto che invoca la direttiva a proprio favore e l’esigenza di non privarlo della possibilità di godere dei suoi effetti. Emblematica, in tal senso, è, tra l’altro, la puntualizzazione contenuta nella sentenza *Arcor* secondo cui le disposizioni di una direttiva possono essere fatte valere “dai singoli” dinanzi ai Giudici nazionali “per contestare” eventuali decisioni delle autorità nazionali che si pongano con esse in contrasto.

Anche con riferimento a situazioni “triangolari”, sembrerebbe, dunque, doversi escludere – se non altro, in quanto ipotesi non contemplata dalla Corte nelle citate occasioni – l’idoneità delle direttive ad essere invocate dalle Amministrazioni nazionali a fondamento di provvedimenti adottati *i*) d’ufficio, in difetto, cioè, di un’apposita istanza facente perno sulla disciplina ivi contenuta, ovvero *ii*) su istanza di parte ogniqualvolta la disciplina UE risulti ostativa rispetto al relativo accoglimento (e, dunque, pregiudizievole rispetto agli interessi del soggetto che ha presentato la richiesta).

Analogamente, in sede contenziosa, la disciplina dettata da una direttiva sembrerebbe potersi reputare suscettibile di produrre effetti diretti, in presenza dei presupposti a tal fine richiesti, solo allorché invocata dal soggetto che agisce in giudizio a fondamento delle proprie domande, e non anche quale difesa, da parte dell’Amministrazione resistente, della legittimità del provvedimento impugnato.

³⁹ Non può trascurarsi, quindi, che, per esempio, il contenzioso nell’ambito del quale si è incardinato il rinvio pregiudiziale che ha condotto alla sentenza *Fratelli Costanzo*, sopra citata, aveva ad oggetto l’impugnazione, da parte del soggetto secondo classificato, dell’aggiudicazione disposta a favore del proprio concorrente. La direttiva che veniva in rilievo in tale contesto veniva invocata, quindi, da parte ricorrente a tutela delle proprie prerogative.

Diversamente, del resto, parrebbe lecito dubitare, a monte e in radice, della stessa ricorrenza dei presupposti cui è subordinata la possibilità di riconoscere alla direttiva considerata l'idoneità a produrre effetti diretti. Alla luce della giurisprudenza in precedenza richiamata, l'operatività di detti meccanismi pare, infatti, doversi reputare circoscritta alle ipotesi in cui vi sia un soggetto (non pubblico) che invochi le disposizioni di una direttiva a fondamento della propria istanza e/o domanda giudiziale. In difetto di tale presupposto, si fuoriesce dallo schema giustificativo dell'efficacia diretta, eccezionalmente ammessa (come ricordato) al solo scopo di non far gravare sul singolo l'inadempienza dello Stato e per evitare che quest'ultimo tragga vantaggio dalla propria inerzia⁴⁰.

Sembrerebbe, dunque, necessario distinguere caso per caso – a parità di situazioni “triangolari” – a seconda che (a) analogamente alla fattispecie di cui al caso *Wells*, la direttiva venga invocata da un soggetto nei confronti dell'autorità nazionale (sia essa amministrativa o giurisdizionale) a fondamento di una istanza o domanda il cui accoglimento sia suscettibile di arrecare conseguenze pregiudizievoli per la sfera giuridica di terzi (si pensi, a titolo di esempio, all'aspirante concessionario che impugna la proroga concessa all'attuale assegnatario o che ne chiede l'annullamento in autotutela)⁴¹; ovvero (b) la disciplina UE venga addotta dall'Amministrazione a fondamento di un provvedimento sfavorevole per l'interessato dal quale scaturiscano (o possano scaturire) implicazioni di segno positivo per altri che, tuttavia, versino in una posizione di terzietà rispetto al procedimento (si considerino, in questa prospettiva, eventuali dinieghi di proroga o determinazioni che dichiarino la decadenza dell'attuale titolare della concessione). In relazione a tale ultima tipologia di fattispecie la prospettiva risulta, infatti, “rovesciata” rispetto a quella contemplata nel caso *Wells*, non essendo ravvisabile alcun individuo che invochi la direttiva a proprio favore e non potendo, pertanto, reputarsi giustificata, sulla scorta dell'impostazione ritraibile da detta giurisprudenza, l'imposizione di alcun sacrificio a carico del soggetto interessato

⁴⁰ In questi termini, G. PARODI, *op. cit.*, p. 161.

⁴¹ A tale ipotesi sembrerebbe riconducibile, per esempio, anche la recente pronuncia *Infraestruturas de Portugal e Futrifer Indústrias Ferroviárias* (Corte giust. 21 dicembre 2023, C-66/22). In tale ipotesi, infatti, della disapplicazione, per contrasto con l'art. 57, par. 4, primo comma, lettera d) della direttiva 2014/24, delle norme di diritto nazionale che limitavano la possibilità, per le stazioni appaltanti, di escludere un'offerta pur a fronte della sussistenza di indizi seri in merito alla tenuta, da parte di un operatore economico, di condotte anti-concorrenziali era destinato a beneficiare il soggetto secondo classificato nella procedura d'appalto considerata.

dal provvedimento. Non può trascurarsi, infatti, che gli aspiranti concessionari non solo risultano estranei rispetto al procedimento considerato ma, nella maggior parte dei casi, neppure sono individuati o individuabili.

Considerazioni analoghe parrebbero potersi esprimere anche con riferimento alle situazioni “triangolari” nell’ambito delle quali, così come verificatosi nel caso *AGCM c. Comune di Ginosa*, (c) la disciplina della direttiva venga invocata da un soggetto pubblico nei confronti di un’altra autorità pubblica a discapito della posizione degli attuali concessionari. Neppure in relazione a tali ipotesi, infatti, sembrerebbe possibile giustificare gli effetti pregiudizievole derivanti dall’applicazione della direttiva a carico dei concessionari uscenti sulla base dell’esigenza di tutelare i contrapposti interessi di altri soggetti privati.

Vero è che, in (quanto meno apparente) antitesi rispetto alla ricostruzione dianzi suggerita, la Corte ha affermato, nell’ambito della sentenza testé citata, che «l’articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che l’obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un’autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere considerati disposizioni produttive di effetti diretti»⁴², così lasciando intendere che la predetta disposizione possa (*rectius*, debba) reputarsi suscettibile di essere assunta a fondamento, tra l’altro, di eventuali provvedimenti di diniego di proroga in maniera generalizzata ed indiscriminata, a prescindere, cioè, da qualsivoglia approfondimento in ordine al contesto in cui si innesta tale determinazione.

Pare, tuttavia, ragionevole ritenere che tali passaggi decisionali siano da considerarsi circoscritti all’affermazione del carattere «incondizionato e sufficientemente preciso» del precetto contenuto nella disposizione di cui trattasi (quali requisiti necessari, per l’operatività dei meccanismi in discorso, con riferimento a qualsiasi previsione di diritto UE), ferma restando l’esigenza di verificare caso per caso, ad opera delle autorità nazionali, la sussistenza degli ulteriori presupposti cui è specificamente subordinata l’idoneità delle direttive a produrre effetti diretti⁴³.

⁴² *AGCM/Comune di Ginosa*, sopra citata, punto 74.

⁴³ G. PARODI, *op. cit.*, p. 622, rileva che «la sentenza in esame non si pronuncia sulla questione relativa alle condizioni soggettive di invocabilità dell’effetto diretto, consegnando così a un cono d’ombra l’obbligo del giudice di verificare – accanto ai requisiti di formulazione – se la direttiva sia stata correttamente invocata: dal soggetto che può farla valere; nei confronti di un’autorità nazionale».

La soluzione dianzi suggerita sembrerebbe, peraltro, l'unica idonea a giustificare il sacrificio del legittimo affidamento ingenerato, in capo ai concessionari uscenti, dalle (inequivocabili) disposizioni del diritto nazionale attualmente in vigore (per quanto, come è noto, il Consiglio di Stato ne abbia escluso la sussistenza con specifico riferimento alle fattispecie qui in considerazione⁴⁴). Pur senza obliterare l'esigenza di assicurare, altresì, l'interesse di coloro che beneficerebbero della direttiva a non vedere condizionata – potenzialmente *sine die* – la possibilità di fruirne al puntuale adempimento, da parte dello Stato italiano, dei propri obblighi di recepimento, sembra infatti che – nella citata prospettiva del contemperamento tra interessi individuali contrapposti – la posizione degli aspiranti concessionari ricavabile dall'art. 12 della direttiva possa assurgere, al più, a mera aspettativa.

All'esito della disamina appena svolta, quindi, la disapplicazione (in rigorosa conformità alla richiamata giurisprudenza UE) delle norme nazionali contrastanti con l'art. 12 della direttiva Bolkestein non pare poter prescindere da una previa, puntuale ed accurata verifica in merito alle circostanze ed alle modalità in cui tale contrasto viene in rilievo.

5. Conclusioni

Le tematiche in esame – da tempo all'attenzione degli studiosi di diritto UE – risultano, nell'attuale contesto normativo, di peculiare rilevanza ed attualità.

⁴⁴ Cfr., in questi termini, le puntualizzazioni svolte dal Consiglio di Stato nelle note sentenze gemelle nn. 17 e 18 del 2021 ai rispettivi paragrafi 38. Il giudice amministrativo ha sottolineato, tuttavia, l'esigenza di riconoscere ai concessionari uscenti un indennizzo correlato agli eventuali investimenti effettuati e non ammortizzati. Mancano, per il momento, i criteri di determinazione e di quantificazione degli importi spettanti a tale titolo. Sulla questione, peraltro, potrebbe incidere l'esito del rinvio pregiudiziale attualmente pendente dinanzi alla Corte di giustizia in relazione alla causa C-598/22, *Società Italiana Imprese Balneari*, avente ad oggetto la verifica della compatibilità con la disciplina UE in materia di diritto di stabilimento dell'art. 49 del Codice della navigazione nella parte in cui dispone che la scadenza della concessione comporta la cessione allo Stato senza indennizzo delle opere non amovibili costruite nell'area demaniale marittima in concessione. Nell'ambito delle conclusioni presentate l'8 febbraio 2024, l'Avvocato generale Ćapeta ha escluso la sussistenza di una restrizione al diritto di stabilimento vietata dall'articolo 49 TFUE «se la durata della concessione è sufficiente per l'ammortamento dell'investimento da parte del concessionario», con la precisazione che «ciò vale anche nel caso in cui lo stesso concessionario si aggiudichi la nuova concessione sulla medesima area».

La ormai conclamata contrarietà con il diritto UE della disciplina prevista a livello nazionale con riferimento alle questioni in oggetto e le relative implicazioni sull'efficacia delle concessioni balneari impongono, in particolare, di affrontare la controversa idoneità delle direttive a produrre, in talune situazioni, effetti diretti da un diverso angolo visuale.

Come si è cercato di argomentare nell'ambito dei paragrafi che precedono, sussistono ampi margini per dubitare della legittimità, sotto il profilo del diritto UE, di eventuali provvedimenti, di carattere amministrativo o giurisdizionale, facenti perno sulla indiscriminata disapplicazione del summenzionato decreto Milleproroghe per contrasto con l'art. 12 della direttiva Bolkestein e per affermare, di conseguenza, l'esigenza di distinguere, caso per caso, a seconda dell'oggetto del procedimento e, in particolare, delle modalità attraverso le quali tale disposizione interagisce, in concreto, con le situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

Non può sottacersi, d'altro canto, che la ricostruzione dianzi suggerita – per quanto, a parere di chi scrive, maggiormente in linea con i principi ricavabili dalla summenzionata giurisprudenza – è suscettibile di dare luogo a significative incoerenze e disparità di trattamento.

In base a tale impostazione, per esempio, la medesima proroga risulterebbe assoggettata a regimi normativi diversi a seconda che la si consideri (a) nell'ambito del procedimento teso al relativo rilascio (posto che, in tal caso, il diniego fondato sulla direttiva darebbe luogo a una sua indebita applicazione *in malam partem* nei confronti dell'istante); oppure (b) nel giudizio instaurato da un aspirante concessionario avverso il provvedimento di proroga (dal momento che, diversamente dalla fattispecie *sub a*, in tale contesto la direttiva verrebbe invocata da parte ricorrente a proprio favore)⁴⁵.

In considerazione di quanto precede, l'Amministrazione potrebbe vedersi costretta, per un verso, a concedere la proroga (non potendo, secondo quanto ipotizzato *supra*, opporre al concessionario uscente la disapplicazione della disciplina di diritto interno a lui favorevole a motivo della relativa contrarietà rispetto al diritto UE) e impossibilitata, per altro verso, a difendere la legittimità di tale provvedimento nell'ambito del giudizio instaurato da un potenziale concorrente per l'impugnazione di detto provvedimento (a fronte della indubbia possibilità, per il soggetto ricorrente, di far valere, in tale contesto, l'efficacia diretta dell'art. 12 della direttiva Bolkestein a fondamento delle proprie censure). Né può escludersi che – una volta accertata giudizialmente l'illegittimità della proroga – le medesime problematiche si

⁴⁵ Cfr., sul punto, R. KRÁL, *op. cit.*, p. 244.

ripropongano, altresì, con riferimento ai provvedimenti da adottarsi al fine di assicurare lo sgombero e la restituzione dell'area.

È, poi, interessante osservare che, secondo le logiche dianzi richiamate, il giudizio avente ad oggetto l'impugnazione di provvedimenti sfavorevoli per il concessionario uscente potrebbe risultare destinato a concludersi in maniera diversa in caso di partecipazione al giudizio (ad esempio, in qualità di controinteressato) da parte di un potenziale candidato. In tale ipotesi, infatti, l'efficacia diretta della direttiva verrebbe invocata – in linea con le fattispecie “triangolari” in relazione alle quali la giurisprudenza UE riconosce pacificamente l'idoneità di tali strumenti di diritto derivato a produrre effetti di questo tipo – da un soggetto diverso dall'Amministrazione e, precipuamente, da quello a favore del quale essa conferisce una posizione giuridica di vantaggio. Tale soggetto potrebbe, quindi, reputarsi legittimato a formulare difese basate sul carattere *self-executing* dell'art. 12 della direttiva Bolkestein che risultano, invece, precluse, alla luce di quanto precede, al Comune resistente.

È indubbio, pertanto, che l'impostazione suggerita nell'ambito dei precedenti paragrafi sia foriera di inaccettabili situazioni di incertezza in ordine alla disciplina da applicarsi alle diverse fattispecie suscettibili di venire in rilievo e alla sorte dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione.

Salvo, dunque, che, sul punto, intervengano, in tempi quanto più possibile ravvicinati, la Corte costituzionale⁴⁶ o il legislatore, è auspicabile che la questione venga presto sottoposta alla Corte di giustizia, quale irrinunciabile occasione, tra l'altro, per fare chiarezza in merito alle condizioni ed ai limiti entro i quali le direttive possono essere invocate *in malam partem*.

Non può escludersi, d'altro canto, che, ove opportunamente interrogata in tal senso, la Corte estenda anche alle sopra illustrate “situazioni triangolari rovesciate” i *dicta* di cui alla giurisprudenza *Wells*, valorizzando, per esempio, *i*) l'esigenza di tutelare le prerogative degli aspiranti concessionari

⁴⁶ C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 481, rileva che «qualora, poi, come immagino, la Consulta dovesse giudicare incostituzionale, in parte qua, la legge 14/2023, per contrasto con gli artt. 11 e 117, primo comma, della Costituzione, il Giudice delle leggi, previo un auspicabile rinvio pregiudiziale, potrebbe modulare nel tempo gli effetti della propria dichiarazione di incostituzionalità, assegnando al Parlamento un tempo ragionevole per realizzare quella riforma di sistema delle concessioni balneari, di cui si favoleggia da troppi anni e rispetto alla quale, tuttavia, non si è finora coagulata la volontà politica. Questo tempo potrebbe essere comprensivo pure del periodo necessario al Governo per adottare i decreti delegati sulla base di nuovi principi e criteri di delega nonché del tempo indispensabile alle amministrazioni concedenti per assegnare tutte le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, regolarizzando, una volta per tutte, quest'anomalia tutta italiana».

cui l'art. 12 della direttiva Bolkestein è finalizzato, ancorché soggetti terzi rispetto al procedimento e/o alla controversia considerati, nonché *ii*) la necessità di assicurare la certezza e l'uniformità del diritto.

D'altra parte, come è noto⁴⁷, dalla giurisprudenza della Corte sembrerebbe emergere anche una dimensione oggettiva dell'effetto diretto, che prescinde, cioè, dall'attribuzione diretta, da parte del diritto UE, di una posizione giuridica soggettiva e dalla conseguente esigenza di assicurarne la tutela. Secondo un'interpretazione evolutiva della dottrina di cui trattasi, le disposizioni di diritto UE potrebbero venire invocate, in particolare, quale parametro di legittimità del diritto interno, al solo scopo di determinare la non applicazione delle norme nazionali in contrasto con esso (secondo logiche, quindi, di “esclusione” diverse da quelle di “sostituzione” che caratterizzano la summenzionata dimensione soggettiva dell'effetto diretto).

Ragionando in termini di rapporti tra ordinamenti (UE e nazionali) e valorizzando il fondamentale ruolo svolto, in tale contesto, dal principio del primato, si potrebbe, quindi, impostare le tematiche in oggetto secondo logiche diverse da quelle che connotano la teorica degli effetti diretti. In questo modo, i limiti e condizionamenti che, come visto, sono ad essa connotati verrebbero meno, sulla scia del suggerimento dell'Avvocato generale Saggio nel caso *Océano* che l'effetto di esclusione può realizzarsi «ogni qual volta la regola nazionale venga in rilievo per la soluzione di una controversia, indipendentemente dalla natura pubblica o privata dei soggetti coinvolti»⁴⁸.

È evidente, in ogni caso – qualunque sia la soluzione che la Corte, ove interpellata, volesse fornire con riferimento alle criticità dianzi richiamate – il carattere ormai improcrastinabile dell'intervento delle autorità nazionali al fine di ricondurre il quadro normativo di cui trattasi a conformità rispetto al diritto UE.

⁴⁷ In tema, cfr., in particolare, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., p. 167 ss. L'Autore, a p. 214, richiama a fondamento della ricostruzione in esame i passaggi decisionali della sentenza *Becker* (Corte giust. 19 gennaio 1982, 8/81, punto 25) attraverso i quali si evidenzia che «viene individuata un'alternativa tra due manifestazioni dell'efficacia diretta allorché è scritto che, in tutti i casi in cui disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, il singolo può richiamarle, in mancanza di provvedimenti d'attuazione adottati entro i termini “per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva, ovvero in quanto sono atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti dello Stato”».

⁴⁸ Cfr., in particolare, il par. 37 delle conclusioni dell'Avv. gen. Saggio, del 16 dicembre 1999, da C-240/98 a C-244/98.

Abstract (ita)

La ormai conclamata contrarietà rispetto al diritto UE delle norme nazionali che dispongono la proroga *ex lege* – in maniera automatica e generalizzata – delle concessioni demaniali marittime e fluviali a scopo turistico-ricreativo e il conseguente obbligo, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, di provvedere alla relativa (generalizzata) disapplicazione forniscono interessanti spunti di riflessione in ordine alle condizioni e ai limiti in presenza dei quali sia consentito riconoscere a una direttiva non attuata (o, come nella fattispecie, non correttamente trasposta) l' idoneità a produrre effetti diretti, ancorché da ciò discendano implicazioni di segno negativo a carico dei privati attuali concessionari.

Abstract (eng)

The inconsistency with respect to EU law of national rules that provide for the *ex lege* extension (in an automatic and generalized manner) of maritime concessions for tourist-recreational purposes and the consequent obligation, according to the case-law of the Italian Council of State, to disapply (indiscriminately) such rules stimulate a reflection upon the conditions in the presence of which it may be deemed admissible to recognize that a directive which has not been implemented (or, as in the case at hand, has not been correctly transposed) is capable of producing direct effects, even if negative implications for current concessionaires derive from this.

Note e commenti

IL DDL SPAZIO ITALIANO: LE NUOVE GOVERNANCE,
IL DUBBIO SULLA DISCIPLINA DEI VOLI SUB ORBITALI
E L'ALLONTANAMENTO DAL MODELLO USA

Giovanni Mastroianni*

SOMMARIO: 1. Profili giuridici ed economici delle attività spaziali in ambito internazionale, europeo e nazionale. – 2. Aspetti generali delle attività spaziali sub orbitali commerciali. – 3. Il caratterizzante modello USA nel mercato spaziale planetario. – 4. Il dubbio sul richiamo al volo sub orbitale commerciale nel DDL Spazio. – 5. L'allontanamento dal modello USA. – 6. Conclusioni.

1. *Profili giuridici ed economici delle attività spaziali in ambito internazionale, europeo e nazionale*

Da circa un ventennio le attività spaziali, dapprima appannaggio esclusivo degli Stati, vengono oggi esercitate, in modo crescente e ormai quasi prevalente, dalle imprese private. L'economia spaziale influenza i mercati globali, dove l'82% dei clienti è di tipo commerciale, il 9% governativo o civile ed il restante 9% è legato alla difesa¹.

Un giro d'affari che nel 2023, a livello globale, stima il valore nella Space Economy pari a circa 630 miliardi di dollari, con una proiezione decennale, secondo le stime del World Economic Forum, che ne prevede il triplicarsi fino a 1.800 miliardi di dollari, con ciò senza escludere, nello scenario più ottimistico, possa raggiungere addirittura i 2.300 miliardi².

La disciplina giuridica di settore nasce con l'avvio della prima stagione di corsa allo spazio, essenzialmente disputata tra USA ed URSS nel pieno

* Dottorando presso l'Università degli Studi del Sannio, XXXIX Ciclo, borsa finanziata PNRR, Dipartimento Diritto, Economia, Management e Metodi Quantitativi (DEMM), con tema di ricerca in Diritto ed Economia dello Spazio: *Certificazione legale e finanziaria dei processi e prodotti innovativi in funzione del migliore utilizzo della finanza agevolata e dei fondi P.N.R.R. per il potenziamento dell'impresa Aeronautica e Spaziale nel sistema dell'Unione europea*, modulo Diritto dell'Unione europea.

¹ S. DI PIPPO, *Space Economy. La nuova frontiera dello sviluppo*, Milano, 2022, p. 54.

² A. ACKET-GOEMAERE, R. BRUKARDT, J. KLEMPNER, A. SIERRA, B. STOKES, *Space: The \$1.8 trillion opportunity for global economic growth*, 8 April 2024; E. COZZI, *Il World Economic Forum: Il giro d'affari della space economy raggiungerà i 1.800 miliardi di dollari entro il 2035*, in *Forbes*, 6 giugno 2024.

della Guerra Fredda³, ossia tra gli anni '60 e '80 del trascorso secolo. Fin da subito la quasi totalità degli Stati appartenenti alla Comunità Internazionale, compresi i due colossi mondiali, hanno ritenuto opportuno aderire:

- al *Trattato sui principi che governano le attività degli Stati in materia di esplorazione ed utilizzazione dello spazio extra-atmosferico compresa la Luna e gli altri corpi celesti* del 1967 (Outer Space Treaty), che rappresenta il primo e fondamentale testo normativo in materia spaziale, e che ribadisce l'uso pacifico dello Spazio e indica, tra l'altro, le sue risorse quali *res communes omnium*;
- all'*Accordo sul Salvataggio e Ritorno degli Astronauti e sulla Restituzione di Oggetti Lanciati nello Spazio* del 1968, dove si sottolinea anche la massima e reciproca collaborazione tra gli Stati e del loro intervento a tutela degli "Ambasciatori dell'umanità".
- alla *Convenzione sulla Responsabilità Internazionale per i Danni Causati da Oggetti Spaziali* del 1972, con previsione di piena responsabilità per danni causati alle "terze parti" ed attribuzione della responsabilità allo Stato di lancio o di nazionalità degli individui che hanno causato l'illecito;
- alla *Convenzione sull'Immatricolazione di oggetti spaziali* del 1975, che definisce il concetto dello Stato di lancio ed istituisce i registri nazionali ed internazionali ove sono iscritti gli oggetti spaziali, in virtù dei quali sono ancorati i fondamentali principi di determinazione della giurisdizione e corrispettive responsabilità statali.

I principi espressi in tali atti, tra cui quelli pacifici di cooperazione e condivisione, che hanno tentato per decenni di scongiurare teatri di guerra nel "quarto dominio", rappresentano ancora ad oggi, unitamente a raccomandazioni e pareri però non vincolanti, la pietra miliare, sulla quale i singoli stati stanno costruendo le loro leggi nazionali, anche se ragioni di "sicurezza nazionale" sembrano ispirare scenari anche meno partecipativi e tesi più ad un rinnovato protezionismo nazionale o d'area, tanto ciò a seguito del conflitto russo – ucraino⁴.

A tale *Corpus Iuris Spatialis*, si aggiungerebbe anche l'*Accordo relativo alle Attività degli Stati sulla Luna e gli altri Corpi Celesti* (Moon Treaty) del 1979, che pur riconfermando e rilanciando i principi ampiamente condivisibili delle citate convenzioni è stato ratificato da un esiguo numero di Stati,

³ *This Day in History: NASA Created*, July 29, 1958, *History*, July 27, 2020, p. 1 ss.

⁴ D. MAURI, *Conflitti armati e spazio extra-atmosferico: il caso delle armi anti-satellite (ASAT)*, in M. VELLANO, A. MIGLIO (a cura di), *Sicurezza e difesa comune dell'Unione europea*, Padova, 2022, p. 293 ss.

tra i quali non compaiono né l'Italia, né gli USA e tantomeno gli altri grandi player mondiali⁵.

Si noti come l'applicazione della legge internazionale alle attività spaziali si presenti come *corpus* giuridico molto più snello, di certo legato alla minore attività materialmente posta in essere, rispetto alle norme in tema di aviazione, il cui mercato è ormai iper-regolamentato a livello planetario⁶, e dove alle specifiche norme nazionali si sommano tutta una serie di accordi internazionali ed adesione soprattutto alle norme e standard ICAO. Nel caso italiano a tale disciplina si unisce quella dell'Unione europea⁷, essendo quella dei trasporti una competenza ripartita ai sensi dell'art. 4, comma 2, lettera g, mentre per quanto riguarda le attività spaziali, anche in omaggio al medesimo art. 4, ma in questo caso comma 3, si stabilisce che «Nei settori della ricerca, dello sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione ha competenza per condurre azioni, in particolare la definizione e l'attuazione di programmi, senza che l'esercizio di tale competenza possa avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro [...]». Lo Stato italiano, come tutti gli altri Paesi dell'Unione, gode appunto di ampia competenza nel campo spaziale, salvo il rispetto dei valori, obiettivi e dunque principi ed azioni generali su cui si fonda la UE⁸, unitamente alle specifiche e sussidiarie competenze in tema di gestione della politica spaziale europea e di programmi spaziali europei (es. costellazioni di satelliti Galileo per la navigazione e Copernicus per l'osservazione della Terra), così come disposto dal fondamentale regolamento UE 2021/696, che appunto istituisce il programma spaziale dell'Unione e l'Agenzia dell'Unione – EUSPA⁹.

Dal suo canto l'art 189 TFUE esclude comunque come la competenza dell'Unione europea non possa essere estesa, in tal caso, ad armonizzare leggi e regolamenti degli Stati membri in materia di attività spaziali. Difatti al comma 2 viene testualmente stabilito che: «il Parlamento europeo e il Consiglio stabiliscono le misure necessarie, che possono assumere la forma di un programma spaziale europeo, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri [...]»¹⁰.

⁵ G. CATALANO SGROSSO, *Diritto Internazionale dello Spazio*, Roma, 2011, p. 2.

⁶ T. L. MASSON ZWAAN, S. FREELAND, *Between Heaven and Earth: The Legal Challenges of Human Space Travel*, in *Acta Astronautica*, 2010, p. 1597 ss.

⁷ U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2020, p. 86.

⁸ U. DRAETTA, N. PARISI, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, V ed., Milano, 2023, p. 23.

⁹ D. FIOTT, *The European Space Sector as an Enabler of EU Strategic Autonomy*, in *In-Depth Analysis, Subcommittee European Parliament*, 2020, p. 1 ss., pp. 7-9, 21-22, 29-32.

¹⁰ Art. 189 TFUE.

Tuttavia le competenze europee nel settore spaziale continueranno a crescere e ad espandersi più che a consolidarsi, così come ad esempio rimarcato durante il vertice del Consiglio dell'Ue, tenutosi in Siviglia il trascorso novembre 2023, dove i ministri responsabili per la competitività hanno indicato l'obiettivo di compiere ulteriori progressi nella realizzazione di una politica spaziale europea, dunque di rafforzare il ruolo dell'Unione nell'industria dello spazio, anche con riferimento alla sostenibilità e protezione dell'ambiente spaziale, oggi già pericolosamente afflitto da detriti orbitali. Al riguardo si segnalano iniziative che coinvolgono direttamente sia la UE che l'Italia, laddove anche tramite l'apporto del CIRA, ha aderito dal febbraio 2024 anche alla *Zero Debris Charter*, promossa dall'Agenzia spaziale europea (ESA), con l'obiettivo di eliminare i detriti spaziali entro il 2030¹¹.

Importante inoltre sottolineare come la *governance* spaziale europea sia proiettata a raggiungere, nel medio e lungo periodo, obiettivi sempre ambiziosi, poiché lo spazio rappresenterà elemento cruciale per tutte le scelte strategiche dell'Unione¹². Per questo è al centro del dibattito anche la promozione di una legge spaziale europea, che viene caldeggiata a fronte delle rinnovate esigenze di sicurezza e difesa comune, che saranno affrontate di certo nella prossima Conferenza Ministeriale ESA del 2025, quanto in occasione della definizione del prossimo quadro finanziario pluriennale 2028-2034 dell'UE¹³, visto anche il grande impatto che ha già avuto sia in termini economici che di coesione il Fondo europeo per la difesa (EDF).

In tal contesto una ridefinizione del quadro di competenze tra Unione e Stati membri sarà assolutamente necessaria.

Tali richiami normativi risultano necessari per inquadrare proprio il fenomeno del trasporto o turismo spaziale di privati, ad oggi ancora ai suoi albori, dove si impiegano vettori e velivoli che sommano caratteristiche tecniche e procedurali comuni al mondo dell'aviazione quanto a quello

¹¹ Fonte ESA: www.esa.int/Space_Safety/Clean_Space/The_Zero_Debris_Charter; fonte CIRA: www.cira.it/it/comunicazione/news/zero-debris-charter-a-berlino-la-firma-del-cira-per-uno-spazio-sostenibile/Zero%20Debris%20Charter,%20a%20Berlino%20la%20firma%20del%20CIRA%20per%20uno%20spazio%20sostenibile

¹² Council of the European Union, *A Strategic Compass for Security and Defence – For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security*, Doc. 7371/22, March 2022, p. 1.

¹³ K. MUTI, M. NONES, *La governance spaziale europea e le implicazioni per l'Italia*, in *Istituto Affari Internazionali*, 2024, p. 1-4, 11-13.

spaziale, alimentando un dibattito internazionale tutt'ora aperto e non definito^{14, 15, 16}.

Di certo è importante tener presente che la componente “aeronautica” risulta comunque centrale nella regolamentazione del segmento sub orbitale (comunque spaziale), così come per altro accaduto negli USA, dove alla *Federal Aviation Administration*¹⁷, che nasce appunto per la disciplina e gestione tecnico/amministrativa delle attività tipiche dell'aviazione, sono state conferite anche quelle spaziali ed aerospaziali, ivi compreso il rilascio di licenze e permessi¹⁸. Ma non solo. I voli sub orbitali di trasporto persone, per ora relegati a voli “esperienziali”, con partenza e rientro dal medesimo posto, rappresenteranno il futuro mezzo di spostamento *point to point* (in tempi letteralmente supersonici) appunto da regolamentare nel quadro del contratto del trasporto passeggeri, specularmene a quanto accade nel campo dell'aviazione civile.

Ad ogni buon modo, l'adozione di una legge spaziale statale *ad hoc*, accresce l'attrattività di ogni Stato in ogni settore della Space Economy, essendo indubbio che la certezza delle regole si traduce nella migliore possibilità per gli investitori di cimentarsi in attività di impresa (spaziale) con maggiore grado di certezza ed efficienza nella programmazione aziendale¹⁹.

Ed è proprio in tale condivisibile prospettiva che in data 20/06/2024, il Consiglio dei ministri ha approvato il disegno di Legge recante *Disposizioni in materia di economia dello spazio*, specularmente all'adozione della prima ed organica Legge spaziale italiana, così come già fatto da molti altri Stati che rivendicano o rinnovano legittime aspirazioni nel settore dello spazio, colmando in questo modo un vuoto legislativo anche per accrescere la competitività istituzionale ed imprenditoriale di settore²⁰.

Antecedentemente la proposizione del citato DDL Spazio, anche in Italia varie norme nazionali avevano già disciplinato, direttamente o indiretta-

¹⁴ FAA, *The US Commercial Suborbital Industry: A space Renaissance in the Making*, p. 2-4, 22.

¹⁵ *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies, opened for signature* Jan. 27, 1967, 18 U.S.T. 2410, 610 U.N.T.S. 205 [Outer Space Treaty] *entered into force* Oct. 10, 1967.

¹⁶ R. S. JAKHU, J. N. PELTON, *Global Space Governance: An International Study*, Berlin, 2017, p. 1.

¹⁷ FAA, *Issues License for Historic Sub-Orbital Manned Rocket Launch*, Federal Aviation Administration, in *News Release*, April 2004.

¹⁸ K. WONG, *Licensing and Evaluation Division Manager*, in *Federal Aviation Administration AST Commercial Space Transportation*, 2018, I, p. 5 ss.

¹⁹ S. MARCHISIO, Intervento agli atti della Conferenza annuale sullo Spazio – *Leonardo Civiltà delle Macchine*, Camera dei Deputati, Roma, 14 dicembre 2023.

²⁰ www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-86/26062.

mente, ma dunque in modo non organico, vari aspetti delle attività spaziali, provvedendo ad esempio con il D. Lgs 128/2003 al riordino dell’Agenzia Spaziale Italiana (A.S.I.)²¹ o con la Legge n. 7/2018 recante «Misure per il coordinamento della politica spaziale e aerospaziale e disposizioni concernenti l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia Spaziale Italiana alla istituzione Comitato Interministeriale per le Politiche relative allo Spazio e alla Ricerca scientifica [...]», oltre ovviamente a porre in essere tutta una serie di leggi per la ratifica o messa in esecuzione dei principi di cui alle citate convenzioni internazionali quanto accordi bilaterali.

Da ultimo, per ciò che riguarda il presente studio, in merito ai voli sub orbitali commerciali per trasporto di persone, merita di essere menzionato il già registrato potere normativo – regolamentare, oltre che di controllo ed autorizzazione, dunque di *co-governance*, da parte dell’*Ente Nazionale dell’Aviazione Civile* (ENAC), non a caso omologo italiano della *Federal Aviation Administration* (FAA), che ha prodotto tra gli altri, due fondamentali atti di portata generale sub primaria, emanati o aggiornati fino all’aprile 2023, ossia il regolamento per le operazioni sub orbitali e di accesso allo spazio (SASO)²², ed il regolamento per la costruzione e l’esercizio degli spazioporti, che di fatto ha contribuito alla nascita del primo spazioporto italiano (tra i pochi al mondo) presso l’infrastruttura pugliese di Grottaglie – Taranto²³ e consolidato la proficua collaborazione con il Governo USA e l’operatore privato *Virgin Galactic* proprio per realizzare servizi di trasporto spaziale sub orbitale di passeggeri dal nostro paese.

Tale stato di fatto, o meglio giuridico, assume oggi un rilievo fondamentale poiché il DDL Spazio sembra aver non ricompreso nella sua disciplina, proprio le attività sub orbitali di trasporto persone, così lasciando che ENAC prosegua nel suo ruolo di *governance*, o meglio *co-governance*, in tal settore.

2. *Aspetti generali delle attività spaziali sub orbitali commerciali*

Nel novero della attività spaziali distinguiamo la categoria di quelle orbitali o comunque espletate prevalentemente in ambiente extra atmosferico o spazio aperto, da quelle classificate come sub orbitali.

²¹ www.asi.it/wp-content/uploads/2019/10/Statuto-per-pubblicazione-su-sito-ASI.pdf.

²² www.enac.gov.it/sites/default/files/allegati/2023Dic/Regolamento_%20operazioni_suborbitali%20e_accesso_allo_spazio_SASO.pdf.

²³ www.enac.gov.it/sites/default/files/allegati/2023-Dic/Regolamento_costruzione_e_esercizio_spazioporti_Ed_3.pdf.

Nella prima categoria rientrano ad esempio le attività di lancio utili al posizionamento dei satelliti in orbita o altri oggetti spaziali, oppure volti al volo/trasporto spaziale umano, come nel caso delle attività esercitate con la navicella *Crew Dragon Resilience*, mediante il lanciatore *Falcon9* della società privata *SpaceX*²⁴.

Nella categoria dei voli sub orbitali rientrano a loro volta le attività del turismo spaziale, esercitabile con voli sub orbitali commerciali (ad esempio effettuati con la prima “astronave” privata *SpaceShip1 e 2*²⁵ della società privata *Virgin Galactic*, lanciati dalla nave madre *White Knight 1 e 2*) laddove il partecipante paga circa 450.000 dollari per realizzare, attraverso un volo di tipo prevalentemente parabolico, l’esperienza di attraversare l’atmosfera e provare l’ebbrezza della microgravità nel raggiungimento dell’apogeo, tra gli 80 e 110 km di altitudine, per circa 3 minuti, salvo ritornare al suolo volando complessivamente per circa un’ora. Ovviamente, oltre ai membri dell’equipaggio, può essere prevista a bordo la presenza di partecipanti, tra cui sia cittadini privati, sia di scienziati, astronauti o personale anche governativo, che effettuano tali voli per finalità appunto istituzionali, ma anche in tal caso essi saranno considerati a tutti gli effetti al pari dei partecipanti privati.

È importante tener sempre presente che tale attività esperienziale o comunque singolarmente formativa, dopo l’attuale fase “pionieristica”, che dovrebbe esaurirsi al massimo entro un decennio, evolverà nel trasporto di persone *point to point*, al pari del trasporto aereo²⁶. Anche in tal senso, una futura competenza dell’Unione Europea sarà probabilmente realizzata similmente a quanto accaduto per l’aviazione, magari attraverso anche il coinvolgimento dell’EASA, ossia l’Agenzia dell’Unione europea per la sicurezza aerea, con compiti estesi anche alla sicurezza e la tutela dell’ambiente²⁷.

Rientra nella medesima categoria delle operazioni sub orbitali, anche l’attività svolta dai “razzi sonda” (*sounding rockets*), vettori spaziali che, seppur capaci di oltrepassare di gran lunga la linea della dello spazio extra atmosferico, sempre con volo di tipo parabolico, giungendo fino a ben 1500

²⁴ *Commercial Suborbital Flight Providers*, NASA, www.nasa.gov.

²⁵ FAA, *Issues License for Historic Sub-Orbital Manned Rocket Launch*, Federal Aviation Administration, in *News Release*, April 2004.

²⁶ J. FOUST, *What is the Future for Commercial Suborbital Spaceflight?*, in *The Space Review*, 6 April 2020, p. 1 ss.

²⁷ www.european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-union-aviation-safety-agency-easa_it.

Km di altitudine, sono anch'essi comunque incapaci di porre utilmente in orbita qualsiasi carico, struttura o veicolo trasportato, salvo porre in essere durante il volo attività essenzialmente di studio o ricerca scientifica con i “*payloads*” dedicati, con apparecchiature e strumenti ad hoc altamente innovativi.

Pertanto ciò che distingue le attività orbitali da quelle sub orbitali non è dunque la capacità di raggiungere e superare la linea dello spazio extra atmosferico, bensì la capacità o meno di operare in orbita o porvi altri oggetti trasportati, per il qual motivo i lanciatori del primo segmento devono necessariamente raggiungere velocità di circa 25.000 – 28.000 Km/h, a fronte dei 3.500/5.000 di quelli operanti per la seconda categoria, che si snoda attraverso un volo prettamente parabolico e non “chiude” mai un’orbita²⁸.

Nell’esperienza USA tali attività vengono affidate, già da qualche decennio, ad imprenditori privati, per cui lo Stato esercita l’ovvio potere regolamentare oltre che di finanziatore e promotore, quanto di partner commerciale, mentre nelle esperienze cinesi e russe, la presenza statale è ancora predominante in ogni fase operativa, burocratica e di gestione. Molti paesi occidentali, e non solo, seguono il solco del partner principale statunitense.

Pertanto, sarebbe auspicabile, anche in virtù di future collaborazioni e partenariati con l’Italia, come per altro quelli già in evoluzione con la soc. *Virgin Galactic* presso lo spazioporto italiano di Grottaglie-Taranto, l’adozione di norme e procedure passibili del massimo grado di armonizzazione USA-Italia, da realizzarsi soprattutto mediante accordi bilaterali, tenendo appunto presente proprio la “collaudata” e prevalente esperienza tecnica e legislativa statunitense.

Invero, alle due categorie indicate si applicano di certo i citati trattati internazionali in tema di attività spaziali, che tuttavia non distinguono nettamente tra lanci orbitali e sub orbitali²⁹, né concordano a quale quota di altitudine, rispettivamente 80 km o 100 km (linea di Karman) si potrebbe convenzionalmente la linea di inizio dello spazio extra-atmosferico³⁰.

²⁸ R. S. JAKHU, J. N. PELTON, *op. cit.*, p. 4.

²⁹ S. FREELAND, *Keen to Sign Up for Space Tourism? Here Are 6 Things to Consider*, in *The Conversation*, 2021, p. 1 ss., p. 7, 23.

³⁰ P. S. DEMPPEY, M. MINOLI, *Suborbital flights and the delimitation of air space vis-à-vis outer space: functionalism, spatialism and state sovereignty*, in *Annals of Air and Space law*, 2018, p. 197 ss.

3. *Il caratterizzante modello USA nel mercato spaziale planetario*

Come indicato, ad oggi, l'unico Stato in grado di vantare l'esercizio di attività in ogni campo operativo spaziale, ivi compreso quello del trasposto umano spaziale, affidato ad imprese e "partecipanti" privati è rappresentato dagli USA, il cui Governo, fin dagli anni '80 del trascorso secolo, attraverso un approccio pragmatico, ha consentito ed incoraggiato tali attività mediante il ricorso ad un regime autorizzatorio relativamente snello, che prevede l'assenza dell'equivalente della certificazioni aeronautica "airworthiness certificate" per ogni mezzo ed ogni attività spaziale, ivi compresa quelle sub orbitali³², tanto in ciò in linea anche con i citati e fondamentali Trattati internazionali tutt'ora vigenti e pienamente condivisi dalla Comunità internazionale. In tal segmento l'esperienza statunitense è pertanto unica e funge da modello di riferimento a livello mondiale, così capace di caratterizzare ogni accordo di partenariato con altri Stati che, come l'Italia, seppur leader in veri settori spaziali come quello dell'Osservazione della Terra³³, non si sono mai direttamente cimentati nella produzione industriale o gestione operativa diretta dei voli sub orbitali commerciali.

L'approccio pragmatico statunitense ha favorito la massima partecipazione degli operatori privati spaziali, ottenendo così il raggiungimento di un livello di innovazione tecnologica, competitività ed efficienza, ancora impareggiabile³⁴, dove il *Bureau of Economic Analysis* (BEA) ha stimato l'economia spaziale statunitense in 131,8 miliardi di dollari, pari al 0,5%, del PIL totale nazionale nel 2022, indicando come l'economia spaziale sia cresciuta del 2,3% più velocemente della crescita dell'economia americana nel suo complesso (1,9%) ed ha sostenuto 347.000 posti di lavoro nel settore privato³⁵.

In siffatto contesto il rilascio dell'autorizzazione/licenza o permesso speciale è riconosciuta all'operatore sulla base di documentata affidabilità tecnica, operativa e finanziaria, così come nel caso del "concept of opera-

³¹ A. MANN, *What's the Difference Between Orbital and Suborbital Spaceflight?*, in *Space*, 2020, p. 1 ss.

³² R. S. JAKHU, J. N. PELTON, *op. cit.*, p. 9.

³³ Fonte Agenzia Spaziale Italiana: www.asi.it.

³⁴ *National Space Policy National Security Decision Directive 42*, The White House (USA), 1982, p. 1.

³⁵ T. HIGHFILL, P. GEORGI, C. SURFIELD, *New and Revised Statistics for the U.S. Space Economy 2017–2022*, in *The Journal of the U.S. Bureau of Economic Analysis* (BEA), 2024, p. 1 ss.

tion” ritenuto accettabile anche con efficace pluriennale dall’*Office for commercial space transportation* della *Federal Aviation Administration* (FAA), noto come FAA/AST³⁶, che cura dall’istruttoria al controllo postumo dei requisiti tecnici, finanziari e finanche morali, in osservanza delle leggi e regolamenti vigenti.

Il regime normativo applicabile negli USA, si basa ovviamente sull’adesione all’indicato *Corpus Iuris Spatialis*, anche in merito alla responsabilità civile e protezione della cd. “Terza Parte”, rinvenibili in particolare nell’art. VII dell’*Outer Space Treaty* (1967) quanto nel complessivo testo della *Liability Convention* (1972), che indica un regime di piena protezione e risarcimento³⁷, mentre nulla dice in merito alla responsabilità civile per tutte le parti coinvolte nelle operazioni spaziali, ivi compresi i membri dell’equipaggio e gli “space flight participant”, che sovente vengono anche indicati come “parti seconde”.

Pertanto, anche a livello nazionale, gli USA consentono ai privati “pionieri” dell’impresa spaziale di trasporto umano (sia orbitale che non) di operare in regime di esenzione di responsabilità risarcitoria, nei confronti delle “parti seconde”, rimandando al principio denominato “waiver of liability”, oggetto di specifica e puntuale disciplina nazionale. Una “manleva” che ricomprende l’esclusione concordata di qualsiasi tipo di ristoro economico a fronte di eventuali danni, lesioni personali e persino eventi mortali, salva l’ipotesi in cui l’operatore sia incorso in condotte sconsiderate che nel nostro ordinamento potrebbero essere assimilate al dolo se non anche a colpa grave. Ovviamente non si esclude la volontaria adesione ad assicurazioni personali.

Ad ogni modo, tale regime viene giustificato in quanto le esposte attività sono alla fase “pionieristica”, che dovrebbe durare ancora qualche anno ed al massimo un decennio; quindi, in attesa che i voli sub orbitali verranno operati come veri e propri servizi di trasporto spaziale di passeggeri e merci.

In assenza di tale esenzione di responsabilità per le parti “coinvolte”, essendo questa comunque considerata attività sostanzialmente pericolosa, i costi di assicurazione, potrebbero far crescere in modo sproporzionato e fino al 50% il costo del “biglietto”, renderebbero così l’impresa finanziariamente ed economicamente insostenibile, data anche la difficoltà di rinvenire sul mercato prodotti assicurativi dedicati, in quanto mancano consistenti dati storici e statistici per l’industria di riferimento.

³⁶ G. NIELD, D. B. OWENS, J. SLOAN, *The origin and practice of U.S. commercial human spaceflight regulations*, Washington, 2008, p. 3-12.

³⁷ T. MASSON ZWAAN, *Private Law Aspects of suborbital: Second- and Third- Party Liability and Insurance*, in *Journal of Air Law and Commerce*, vol. 87, n. 3, 2022, p. 427 ss.

In tal contesto un ruolo di *competitor* sempre più importante è stato ritagliato dall'UE grazie anche alla sinergia con l'ESA, oggi ventennale, anche se il gap con gli States resta considerevole. Dal 28/05/2004 la collaborazione ha prodotto comunque risultati importanti e si prosegue nel segno della lotta al cambiamento climatico, all'incremento della digitalizzazione, alla risposta alle crisi ed alla protezione delle infrastrutture strategiche³⁸. Da tale sinergia merita cenno l'ultimo programma spaziale faro dell'UE, denominato *Iris2*, un sistema di connettività satellitare altamente sicuro che promuoverà l'autonomia digitale e fornirà un asset strategico per Bruxelles, appunto attraverso la "Global Gateway", capace di fornire una connessione sicura in aree geografiche di interesse strategico al di là delle frontiere europee, come la regione artica o l'Africa³⁹. Il tema della connettività sicura ha anche portato all'adozione del regolamento UE 2023/588 del 15 marzo 2023, che istituisce il programma dell'Unione per una connettività sicura per il periodo 2023-2027⁴⁰. Da ultimo, con i lanciatori Ariane 6 di nuova generazione, l'Europa intende rimarcare la sua sovranità extra-atmosferica, anche alcuni nodi tecnici restano da sciogliere. Di certo il comune sforzo industriale e scientifico, anche in tal caso ribadisce la necessità di ulteriore slancio dell'Unione⁴¹ nel settore spaziale, sia attraverso la collaborazione con ESA che EUSPA, oltre che al rafforzamento delle sinergie con gli stessi USA, che restano per ora leader in ogni segmento di mercato, ed altri partner internazionali.

4. *Il dubbio sul richiamo al volo sub orbitale commerciale nel DDL Spazio*

Il DDL Spazio, che conferisce al Presidente del Consiglio dei ministri lo status di Autorità del settore spaziale, con poteri di autorizzazione finale a seguito di complesso iter istruttorio tecnico amministrativo, che vede coinvolta in prima linea l'Agenzia Spaziale Italiana ed il COMINT, non menziona esplicitamente, o ne disciplina nel dettaglio, le operazioni sub orbitali commerciali di trasporto passeggeri. Unico riferimento viene rivolto ai "raz-

³⁸ www.esa.int/Space_in_Member_States/Italy/Ventesimo_anniversario_dell_accordo_quadro_UE_ESA

³⁹ www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2023/03/07/secure-space-based-connectivity-programme-council-gives-its-final-approval/

⁴⁰ www.eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/HTML/

⁴¹ C. CELLERINO, *EU Space Policy and Strategic Autonomy: Tackling Legal Complexities in the Enhancement of the 'Security and Defence Dimension of the Union in Space*, in *europenpapers.eu*, 2023, VIII, p. 487 ss.

zi sonda”. Difatti all’art. 2 dedicato alle “Definizioni”, al punto 1, dopo aver indicato tutta una serie di classiche attività prettamente spaziali, ma non già sub orbitali (lettera A), menziona appunto quelle: «... condotte attraverso le piattaforme stratosferiche e i razzi sonda [...]».

Orbene, per i razzi sonda, sembrerebbe che il legislatore abbia voluto operare una scelta precisa, forse perché raggiungendo comunque quote molto elevate, fino a 1500 km di altitudine ed operando prevalentemente nello spazio extra atmosferico, le relative attività implicano di certo la gestione di molte questioni tecniche e giuridiche proprie dell’“Outer Space”.

Di contro, in merito al volo sub orbitale commerciale per trasporto passeggeri, a parte il fugace richiamo alle attività condotte tramite “piattaforme stratosferiche” nulla più si menziona. Tale isolata locuzione risulta così ambigua e stringata, anche considerando che la stratosfera ricomprende le quote di altitudine tra i 15 e 50 km, limiti questi insufficienti anche ad indicare un corretto inquadramento delle attività sub orbitali per trasporto persone o altro poiché, come generalmente noto, in tale segmento potrebbero addirittura aeroplani civili o militari, come ad esempio nel caso del velivolo civile “Concorde” con capacità di raggiungere i 16,7 km di altitudine, oppure tra quelli militari l’SR71 “Blackbird”, con capacità di raggiungere i 26 km, o il MiG 25 capace di toccare i 37,6 km.

Anche la lettera “h” del medesimo articolo 2 sembrerebbe operare tale scelta di esclusione dei voli sub orbitali di trasporto persone dalla disciplina del DDL Spazio, laddove viene espressamente indicato come alla voce “lancio” si indichi ogni «... attività finalizzata a collocare oggetti o consentire la permanenza di esseri viventi nello spazio extra-atmosferico, ivi compreso il tentativo di lancio [...]», così tenendo estranee, anche in tal caso, le dette operazioni sub orbitali dove i velivoli dedicati attraversano lo spazio extra-atmosferico per circa tre minuti. Medesimo ragionamento per la successiva lettera “n” dedicata al rientro dallo «...spazio extra atmosferico [...]», laddove si indica appunto l’attività finalizzata al rientro o al tentativo di rientro sulla Terra. In tal caso, qualora il legislatore avesse voluto ampliare il novero delle attività soggette alla disciplina del DDL, avrebbe dovuto anche annoverare anche l’ipotesi del rientro dalla menzionata “stratosfera”.

Dunque, nel silenzio o comunque nell’incertezza della norma è quindi possibile ipotizzare che il legislatore abbia fatte salve le esercitate competenze dell’ENAC, specularmente come accade negli USA con le competenze conferite alla FAA, tenendo evidentemente in debito conto anche la già esercitata e citata potestà regolamentare quantomeno per la gestione e disciplina

sia sub orbitali commerciali che degli spazioporti⁴². Ciò non toglie per il futuro la possibilità di creare una nuova categoria ad hoc, speciale rispetto l'aviazione ma in questa ricompresa, dunque sempre da attribuire alle competenze di ENAC, così come per altro indicato anche da autorevole dottrina internazionale⁴³.

Qualora di contro il legislatore vorrà invece attribuire anche tali operazioni al novero delle attività spaziali di cui al DDL, oltre all'emanazione di altre norme complementari, speculari a tale cambio di *governance* e gestione amministrativa, si porrebbero comunque gli interrogativi in merito alla sottrazione di un ruolo già esercitato da ENAC, con possibile azzeramento di tutte le proficue attività di partenariato già poste in essere con il governo USA e l'operatore nazionale *Virgin Galactic*⁴⁴.

Invero il settore potrà essere rivoluzionato dall'adozione di una legge europea per lo spazio, tutt'ora in discussione a livello sovranazionale e che se approvata, darebbe vita quantomeno ad ipotesi di coordinamento giuridico oltre che di cooperazione ai fini industriali, competitività, sostenibilità e sicurezza comune europea.

Difatti, nel trascorso settembre 2023, con ultima lettera di intenti trasmessa al presidente del Parlamento europeo e alla presidenza del Consiglio dell'UE, la presidente della Commissione Ursula von der Leyen, dopo varie interlocuzioni, ha incluso una proposta sulla legge spaziale dell'UE, indicata come iniziativa fondamentale, appunto da adottare già nell'anno 2024, per la disciplina e migliore realizzazione degli obiettivi di: massimizzare la sostenibilità spaziale; proteggere e meglio organizzare le infrastrutture critiche; realizzare un efficiente modello di *Space Management System*, da incrementare anche nell'ambito della *consapevolezza delle condizioni dell'ambiente spaziale* (SSA – Space Situational Awareness). Tutto ciò sempre con uno sguardo alle rinnovate esigenze di sicurezza comune⁴⁵.

⁴² Vedi regolamenti ENAC, cit.

⁴³ T. MASSON ZWAAN, *Private Law Aspects of suborbital: Second- and Third- Party Liability and Insurance*, *op. cit.*, p. 418 ss.

⁴⁴ Memorandum di Cooperazione sullo sviluppo del trasporto spaziale commerciale FAA-ENAC esteso all'ASI, con il quale si è inteso condividere il background e delle conoscenze generali della FAA AST e per la «...comprensione reciproca delle condizioni alle quali le operazioni dello spaziolano possono essere autorizzate al di fuori dei territori degli Stati Uniti», *A Regulatory Policy for the Prospective Commercial Space Transportation Certification and Operations in Italy*, 2016.

⁴⁵ C. EVROUX, *Europe Fit for the Digital Age Strategy*, in *A Europe Fit for the Digital Age*, 24 June 2024, p. 2.

5. *L'allontanamento dal modello USA*

Nell'esperienza statunitense l'ufficio FAA/AST è dunque preposto a concedere licenze per «...attività di lancio commerciale e rientro e il funzionamento dei siti di lancio e di rientro effettuato da un cittadino degli Stati Uniti [...]»⁴⁶. La stessa facilità, incoraggia e promuove lanci spaziali commerciali sicuri e rientri del settore privato, controllando e regolamentando tutte le attività spaziali, ivi compresi i voli sub orbitali per il trasporto di persone⁴⁷.

Tali funzioni non nascono ovviamente con la fondazione dell'Autorità per questioni temporali, poiché l'esercizio di quelle tipicamente dell'aviazione sono risalenti ai primi decenni del '900, mentre quelle spaziali vengono appunto attribuite con successivi atti legislativi a partire dalla metà del '900, ossia quando si avvia la corsa allo spazio⁴⁸.

Seppur con le dovute differenze rese dalle specifiche culture giuridiche, fino all'emanazione del DDL Spazio poteva tracciarsi un parallelismo USA – Italia, laddove si provvedeva ad riparto di competenze e funzioni tra la National Aeronautics and Space Administration (NASA)⁴⁹ e l'Agenzia Spaziale Italiana (ASI)⁵⁰, piuttosto che tra la Federal Aviation Administration (FAA) e l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (ENAC)⁵¹. Tale dicotomia è rinvenibile anche in altre positive esperienze, come ad esempio nel caso inglese, che vede simili attribuzioni e riparto di funzioni e competenze tra la UK Space Agency e la Civil Aviation Authority (CAA).

In tali casi dunque, venivano distinte le funzioni tipiche delle “Agenzie” governative, ossia tecniche, di ricerca, rappresentanza e di attuazione del programma spaziale nazionale anche mediante partnership pubblico e private. D'altro lato, agli enti amministrativi come FAA⁵², sono stati da sempre attribuite funzioni di certificazione, istruttoria, vigilanza e quindi regolamentazione del settore dell'aviazione, salvo poi aggiungersi, ed è il caso di dire “*de plano*”, le competenze anche in campo spaziale.

⁴⁶ Commercial Space Launch Amendments Act, 2004.

⁴⁷ Title 51 U.S. Code Subtitle V, Chapter 509 Commercial Space Launch Act (CSLA), U.S. Code § 50901 – Findings and purposes, in Legal Information Institute – Cornell Law, p. 1-3.

⁴⁸ *National Space Policy of the United States of America*, 9 December 2020, p. 7-40.

⁴⁹ www.nasa.gov.

⁵⁰ Cfr. Statuto ASI art. 1 (natura giuridica e sede legale), art. 2 (missioni ed obiettivi), art. 3 (Piani di attività).

⁵¹ Cfr. Statuto ENAC art. 1 (natura giuridica e sede legale) e art. 2 (Funzioni ed attività).

⁵² U.S. Commercial Space Transportation Developments and Concepts: Vehicles, Technologies, and Spaceports, FAA, 2008, p. 10-12, 77-91.

Un ottimo esempio di cooperazione tra NASA ed FAA nel settore dei voli suborbitali di trasporto persone, che potrebbe essere replicato anche nell'esperienza italiana, può essere colto nel programma avviato proprio dalla *National Aeronautics and Space Administration* per potenziare le opportunità di volo e consentire ai ricercatori di accompagnare i loro carichi utili su veicoli suborbitali commerciali, che ha visto il coinvolgimento delle medesime società private che oggi rappresentano i veri top player del settore, ossia: *Virgin Galactic*, *Blue Origin Federation, LLC* (Blue Origin) e *Space Exploration Technologies Corp.* (SpaceX)⁵³.

Invero anche Italia, appena registrata la necessità, si è in effetti assistita ad una estensione delle competenze dell'ENAC anche a quelle spaziali, culminante nell'emanazione dei richiamati atti normativi di portata generale, tutt'ora vigenti, rappresentati dai citati Regolamento per le operazioni sub orbitali e di accesso allo spazio (SASO) del 20/11/2023, ed il regolamento per la costruzione e l'esercizio degli spazioporti (I ed. 2020, II ed. 2022, III ed. nov. 2023), in virtù del quale è stato possibile realizzare il primo spazioporto italiano, presso l'infrastruttura pugliese di Grottaglie-Taranto⁵⁴.

Con l'emanando DDL Spazio, sempre nell'attesa di una legge spaziale europea, tale parallelismo potrebbe essere definitivamente abbandonato, qualora dovessero essere attribuite le indicate facoltà e competenze di regolamentazione o autorizzazione anche dei voli sub orbitali in capo all'Autorità competente, ossia in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri, con l'apporto questa volta anche istruttorio, di controllo e di regolamentazione tecnica in capo all'ASI, in sinergia con il *Comitato Interministeriale per le politiche relative allo Spazio e alla ricerca aerospaziale* (COMINT) e all'uopo Ministero della Difesa, così come ad esempio stabilito dall'art. 7 recante disposizioni sul "*Procedimento autorizzativo per le attività spaziali*", laddove al capo 1 dispone, tra l'altro, che la richiesta di autorizzazione per attività spaziali è presentata all'Autorità responsabile, per il tramite dell'Agenzia, mentre al capo 3 testualmente richiama: «A seguito dell'esito positivo degli accertamenti tecnici, l'Agenzia trasmette gli atti all'Autorità responsabile, al Ministero della Difesa ed alla Segreteria del Comint [...]» che a sua volta «[...] può sentire altre amministrazioni interessate all'attività spaziale oggetto di autorizzazione, non rappresentate nell'ambito del Comint, nonché gli Organismi di informazione e sicurezza di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 124, il Dipartimento per il coordinamento amministrativo della Presidenza

⁵³ A. D. KERKPNIAN, N. RAJU, *The legal challenges of international suborbital flights: a bilateral solution*, in *Journal of Air Law and Commerce*, 2020, vol. 85, p. 388 ss.

⁵⁴ Cfr. vedi regolamenti ENAC, cit.

del Consiglio dei ministri e l’Agenzia per la cybersicurezza nazionale [...]». Nessun cenno di competenza viene comunque rimandata all’ENAC, che non viene invero mai menzionato.

Inoltre, al di là dell’assetto delle competenze e di *governance*, si nota dunque come il DDL Spazio preveda dunque un fitto iter di partecipazione amministrativa tra vari soggetti pubblici per il rilascio dell’autorizzazione finale che, sarà concessa dal Presidente del Consiglio dei ministri, dunque con atto di alta amministrazione, e non già una licenza rilasciata da unico Ente con ufficio dedicato, appunto nell’esperienza statunitense affidato al FFA/AST, ossia all’Ufficio del trasporto commerciale spaziale.

Inoltre, a fronte di tale articolata procedura, e visti gli appesantimenti temporali che affliggono la burocrazia italiana, appare inoltre dubbio che l’autorizzazione finale possa essere adottata dall’Autorità responsabile «... entro il termine massimo complessivo di 120 giorni dalla presentazione della domanda [...]», quando persino negli USA, dove i tempi generali della burocrazia sono di certo più rapidi, il rilascio della licenza spaziale previa verifica dei requisiti richiesti, può durare molto di più, laddove ad esempio l’ufficio AST «...esamina e prende una decisione su una domanda entro 180 giorni dal ricevimento di una domanda di licenza accettata [...]»⁵⁵.

Ad ogni buon conto, con riferimento alle attività sub orbitali del trasporto umano spaziale, l’assenza di specifiche norme e richiami potrebbe aprire una riflessione sulla loro gestione amministrativa, ovvero se la stessa potrà essere quindi ricondotta per il futuro allo schema del DDL, particolare al citato art. 2, oppure se la stessa continuerà ad essere attribuita all’ENAC, e così come già proficuamente esercitata, magari con espresso e chiarificatore provvedimento normativo *ad hoc*, rammentandosi che l’attività dei voli sub orbitali commerciali, si evolveranno, per quanto già esposto, nel trasporto di persone *point to point*, con applicabilità dello schema contrattuale del trasporto di persone e merci utilizzato nel mercato nel mondo dall’aviazione civile.

Pertanto, se da un lato il DDL propone un modello di gestione amministrativa più lontano dal pragmatico modello USA, dall’altro richiama comunque alla buona possibilità di riconoscimento di autorizzazioni straniere, così come previsto all’art. 4, dedicato proprio all’“Obbligo di autorizzazione all’esercizio di attività spaziali”, laddove prevede casi di deroga allorché a capi 4 e 5 indica espressamente: «... 4. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 non si applicano se l’attività spaziale è munita di autorizzazione rilasciata

⁵⁵ *Regulating and Licensing Commercial Space Transportation*, 2018, p. 16-18.

da un altro Stato, riconosciuta in Italia in base a un trattato internazionale. 5. Al di fuori dei casi di cui al comma 4, l'autorizzazione di cui al comma 1 può essere sostituita dal riconoscimento dell'autorizzazione rilasciata da un altro Stato secondo criteri equivalenti a quelli previsti dalla presente legge [...]». Tale previsione potrebbe così colmare le maggiori differenze create dal DDL con l'irrinunciabile partner statunitense e favorire anche accordi bilaterali e la fondamentale armonizzazione tecnica e burocratica.

Invero, il punto di maggior distanza creato, o meglio delineato dal DDL Spazio italiano, con il contesto giuridico USA, potrebbe essere rappresentato dall'esplicito riferimento al regime risarcitorio applicabile anche alle "parti seconde" di cui al "Codice Civile" nazionale, in quanto all'art. 18, comma 6, impone anche nei loro confronti regimi risarcitori pieni ed irrinunciabili, escludendo pertanto la manleva di cui alla "waiver of liability", e così scoraggiando gli operatori statunitensi ad operare nel nostro Paese, non avendo questi mai nascosto l'impossibilità imprenditoriale a poter cimentarsi con simili parametri legali e le negative ricadute finanziarie sopra esposte. Pertanto in caso di accordo di cooperazione tra il governo statunitense e quello italiano, implicherà necessariamente, e forse anche paradossalmente, proprio la disapplicazione dell'art. 18, comma 6, del DDL Spazio.

In tale ragionamento va tenuto presente, come per altro accade negli USA⁵⁶, che bisogna essere sempre consapevoli, nell'attuale fase di sviluppo tecnologico, che il trasporto spaziale di persone comporta, incontestabilmente, un grado di rischio più elevato rispetto alla maggior parte delle operazioni aeronautiche consolidate, almeno per le persone a bordo, per cui andrebbero tenuti comunque presenti l'art. 2043 del Codice Civile italiano, recante disposizioni in tema di responsabilità extra contrattuale o per fatto illecito, e l'art. 2050⁵⁷, in tema di esercizio delle attività pericolose, oltre alle specifiche di altre norme di settore nonché i principi generali del nostro Ordinamento.

Tuttavia corre l'obbligo di sottolineare come tale richiamo sia in effetti solo una esplicitazione di un contesto giuridico che nel suo complesso avrebbe già portato ad escludere l'applicazione della manleva statunitense nei confronti delle parti direttamente coinvolte nelle operazioni sub orbitali,

⁵⁶ G. NIELD, D. B. OWENS, J. SLOAN, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁷ Il riferimento alle attività pericolose è indicato anche nel DDL Spazio all'art. 4 punto 3, laddove dispone che l'autorizzazione è subordinata al rimborso dei costi di istruttoria e al versamento di un contributo, determinato con il decreto di cui all'articolo 13, comma 1, lettera b), avuto riguardo alla tipologia dei soggetti istanti e alle finalità della missione, al dimensionamento della stessa e al livello di rischio.

anche indicare come “parti seconde” (tra cui si ricorda: membri dell’equipaggio e “*space flight participant*”), tanto ciò per incompatibilità con principi generali del nostro Ordinamento quanto con le specifiche disposizioni del nostro Codice Civile, tra cui proprio l’articolo 1229 che lapidariamente recita come sia «... nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave [...]».

Pertanto, al fine di poter conciliare tali diverse esigenze, si potrebbe ipotizzare l’inserimento di specifiche clausole ad un accordo bilaterale Italia – USA, che ne possano riandare all’applicabilità della giurisdizione e della legge USA quantomeno nella fase del volo, anche se decollato da spazioporto italiano, e così far ritenere applicabile il regime della esenzione di responsabilità per ogni “seconda parte” secondo i parametri legali d’oltreoceano⁵⁸. Tale previsione sarebbe per altro compatibile a livello internazionale in virtù della convenzione sulla registrazione degli oggetti spaziali, applicabile anche nel nostro paese e specificamente richiamata dal DDL anche all’art. Articolo 15 “Registro nazionale di immatricolazione degli oggetti spaziali lanciati nello spazio extra-atmosferico”, che determinerebbe dunque la possibilità dell’applicazione della giurisdizione e legge dello “Stato di lancio”, in questo caso quello USA dove opera e sono registrati i velivoli di *Virgin Galactic*, anche in combinato disposto con l’art. 4, punti 4 e 5, che sanciscono il riconoscimento delle licenze di operatori stranieri che espletano le loro attività da spazioporti o strutture riconducibili alla sovranità italiana.

Infine, la necessaria armonizzazione di norme bilaterali con gli USA si rimarca necessaria non solo in merito alle considerazioni del suo ruolo primario nel settore di riferimento, ma anche in virtù dell’art. 7, comma 7, punto “b”, laddove indica che l’autorizzazione finale è negata all’operatore spaziale: «... se sussistono legami fra l’operatore spaziale da autorizzare e altri Stati o territori terzi che, tenuto conto anche delle posizioni ufficiali dell’Unione europea, non si conformano ai principi di democrazia o dello Stato di diritto, o che minacciano la pace e la sicurezza internazionali o sostengono organizzazioni criminali o terroristiche o soggetti ad esse comunque collegati [...]», così facendo ritenere di certo impossibile, almeno nell’attuale contesto geopolitico, ogni partnership con la Russia e forse, come da più parti avanzato, finanche con il colosso cinese, che rappresentano proprio le uniche realtà alternative ed uniche a poter essere paragonate per stato di tecnica, industria ed esperienza maturata nell’ambito spaziale, a quella degli States.

⁵⁸ S. HOBE, G. MEISHAN GOH, *Space Tourism Activities – Emerging Challenges to Air and Space Law*, in *Journal of Space Law*, vol. 33, n. 2, 2007, p. 359 ss.

6. Conclusioni

Come impostato, anche con il particolare riferimento alla disciplina dei voli sub orbitali per trasporto di persone, il DDL Spazio si pone come distante dal pragmatico modello USA, che indica nella FAA, l'unico ente amministrativo preposto all'istruttoria e rilascio della licenza finale o permesso speciale, e che per funzioni e compiti da sempre esercitati, rappresenta l'equivalente dell'ENAC.

Anche in attesa di una evoluzione normativa europea che sembra davvero prossima, appare comunque che il DDL burocratizzi al massimo le attività di lancio, che per essere autorizzate avranno bisogno sostanzialmente di un atto di alta amministrazione previa interazione di più enti ed istituzioni, con possibili negative ripercussioni sulla tempistica complessiva, per cui si auspica per il futuro uno snellimento della procedura o, in alternativa in un potenziamento tecnico ed amministrativo delle strutture coinvolte.

In merito al delineato elemento di maggior distanza con il modello USA, rappresentato dalla espressa esclusione del "waiver of liability" per la tutela risarcitoria delle "secondo parti", laddove nel disegno di legge italiano si rimanda invece al più gravoso regime risarcitorio di cui al "Codice Civile" nazionale (art. 18, comma 6), l'unica possibilità di partnership con gli USA è rappresentata dalla possibilità di accordi bilaterali che, oltre all'armonizzazione e/o riconoscimento delle licenze e certificazioni tecniche, indichino soprattutto l'applicabilità della normativa USA, quantomeno nella fase del volo.

A fronte di quanto rappresentato, si auspica che futuri interventi legislativi e regolamentari, da porre in essere anche mediante decreti attuativi successivi, possano attribuire all'ENAC quantomeno la gestione dei voli sub orbitali commerciali per il trasporto di persone, soprattutto tenendo presente come la normale evoluzione di tali attività si concretizzerà in un rinnovato trasporto di passeggeri e merci *point to point*, simile se non praticamente identico a quello dell'aviazione civile. Parimenti non può non tenersi presente la già esercitata funzione anche di carattere normativo e regolamentare di ENAC, che ha portato all'adozione dei fondamentali "regolamento per le operazioni sub orbitali e di accesso allo spazio" (SASO) ed il "regolamento per la costruzione e l'esercizio degli spazioporti", di cui il primo emanato ed il secondo modificato ed aggiornato, nell'appena trascorso novembre 2023, ed in virtù dei quali si è già consolidata una proficua collaborazione con il Governo USA e l'operatore *Virgin Galactic* che, in caso contrario, potrebbe essere azzerata se non addirittura definitivamente compromessa.

Abstract (ita)

Viviamo in piena era di Space Economy, caratterizzata dal fondamentale apporto dei privati all'esplorazione, ricerca ed utilizzo commerciale dell'ambiente spaziale. In tale contesto gli Stati che si dotano di leggi spaziali *ad hoc* aumentano l'attrattività per gli imprenditori che pretendono regole chiare, certe e burocratizzate al minimo, così come avviene negli USA, paese che storicamente detta le direttrici tecniche, economiche e relazionali, in quanto pioniere e leader mondiale nell'intero settore. Nell'ambito di un contesto europeo chiamato ad esercitare sempre maggiori e più estese competenze, a fronte anche di rinnovate esigenze di politica estera e difesa comune, con il DDL del 20/06/2024, il Consiglio dei ministri ha approvato il disegno di legge recante *Disposizioni in materia di economia dello spazio*, a mezzo del quale l'Italia intende rivendicare il suo storico ruolo di settore, disciplinandolo in modo organico, offrendo un modello normativo che apre a nuove scenari di *governance* partecipata e dove l'iter autorizzatorio coinvolge, oltre all'Autorità di riferimento indicata nel Presidente del Consiglio dei ministri, altri enti e soggetti come l'ASI ed il COMINT, differentemente da quanto accade negli USA che, tramite l'unico ufficio FAA/Ast, autorizza le varie attività spaziali, tra cui i voli sub orbitali con partecipanti a bordo, che nel DDL non vengono esplicitamente richiamati, seppur già disciplinati dall'ENAC. Anche in tal caso, ed in attesa della preannunciata evoluzione normativa europea, il DDL Spazio, traccia una direttrice in parziale discontinuità con l'esperienza USA, che se confermata renderà necessario ridefinire gli assetti convenzionali e partecipativi con il primo attore mondiale del settore, anche con riferimento al più gravoso regime delle responsabilità delle parti direttamente coinvolte e "partecipanti", che esclude l'applicabilità del "waiver of liability agreement" (accordo di liberatoria), che nell'esperienza statunitense rappresenta ad oggi un fattore irrinunciabile per ogni operatore. Nelle considerazioni e conclusioni finali che si rassegnano, si auspica di poter contribuire ad una proficua riflessione sul futuro quadro normativo per le attività spaziali sia nazionali che internazionali, con specifico riguardo al trasposto spaziale sub orbitale di persone, e così favorire il migliore apporto delle istituzioni preposte e delle imprese interessate.

Abstract (eng)

We live in the midst of the Space Economy era, characterized by the fundamental contribution of private individuals to the exploration, research and commercial use of the space environment. In this context, States that adopt ad hoc spatial laws increase the attractiveness for entrepreneurs who demand clear, certain and minimally bureaucratic rules, as happens in the USA, a country that historically dictates the technical, economic and relational guidelines, in as a pioneer and world leader in the entire sector. In the context of a European context called to exercise ever greater and more extensive competences, also in the face of renewed foreign policy and common defense needs, with the DDL of 20 June 2024, the Council of Ministers approved the draft law containing *Provisions on space economy*, through which Italy intends to reclaim its historic role as a sector, regulating it in an organic way, offering a regulatory model that opens up to new scenarios of participatory governance and where the authorization process involves, in addition to the reference Authority indicated in the President of the Council of Ministers, other bodies and subjects such as ASI and COMINT, unlike what happens in the USA which, through the single FAA/Ast office, authorizes the various space activities, including sub-orbital flights with participants on board, which are not explicitly mentioned in the DDL, although already regulated by ENAC. Even in this case, and pending the announced European regulatory evolution, the Space DDL outlines a direction in partial discontinuity with the US experience, which if confirmed will make it necessary to redefine the conventional and participatory structures with the leading global player in the sector, also with reference to the more onerous regime of responsibilities of the parties directly involved and “participants”, which excludes the applicability of the “waiver of liability agreement”, which in the US experience currently represents an indispensable factor for every operator. In the final considerations and conclusions that are resigned, it is hoped to be able to contribute to a fruitful reflection on the future regulatory framework for both national and international space activities, with specific regard to the sub-orbital space transport of people, and thus encourage the best contribution of the Institutions responsible and interested companies.

BlogDUE

“HANNO TUTTI RAGIONE”: L’ART. 351, PAR. 1, TFUE, E L’INCOMUNICABILITÀ TRA GIUDICI IN *COMMISSIONE C. REGNO UNITO*

Nicola Bergamaschi (assegnista di ricerca in Diritto dell’Unione europea nell’Università di Parma) – 16 luglio 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La causa e i principali punti delle due sentenze. – 3. Gli approcci delle Corti e la mancanza di dialogo. – 4. Riflessioni conclusive.

1. Con la sentenza del 14 marzo 2024, causa C-516/22, *Commissione c. Regno Unito*, la Corte di giustizia dell’UE (CGUE) ha riscontrato la violazione, da parte del Regno Unito, dell’art. 351, par. 1, TFUE, del principio di leale cooperazione sancito all’art. 4, par. 3, TUE, dell’art. 267, commi 1 e 3, TFUE e dell’art. 108, par. 3, TFUE (letti in combinato disposto con l’art. 127, par. 1, dell’Accordo sul recesso).

Molti sono i profili che contraddistinguono la sentenza (per un commento, si veda P. KOUTRAKOS, *Op-Ed: “The UK Supreme Court ‘seriously compromised the EU legal order’: the European Court of Justice judgment in Commission v UK (Case C-516/22)”*, in *eulawlive.com*, 2024; L. RICCARDI, *L’autonomia del diritto dell’Unione e l’esecuzione dei lodi arbitrali ICSID: spunti di riflessione alla luce della sentenza Commissione c. Regno Unito e Irlanda del Nord*, in *rivista.eurojus.it*, 2024, p. 375 ss.; sulle conclusioni dell’Avvocato generale Nicholas Emiliou, presentate il 9 novembre 2023, si veda C. BURELLI, *Op-Ed: “Singing the song of the fat lady: an innovative test on the standard of proof in default proceedings and the scope of Article 351(1) TFEU: the AG Emiliou’s Opinion in Commission v UK (C-516/22)”*, in *eulawlive.com*, 2024). Innanzitutto, vi sono alcuni elementi di contesto che meritano di essere menzionati. La pronuncia concerne la procedura di infrazione nei confronti di uno Stato terzo. In particolare, l’infrazione contestata riguarda una sentenza della Corte Suprema del Regno Unito del 19 febbraio 2020 (la “sentenza controversa”; su di essa, si veda S. SALUZZO, *La natura erga omnes partes degli obblighi derivanti dalla convenzione ICSID e il rapporto con il diritto dell’Unione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, p. 884 ss.). A quel tempo, il Paese non era più membro dell’Unione, ma era comunque vincolato al rispetto del diritto UE, al pari degli Stati membri, in virtù dell’Accordo sul recesso, per un periodo di transizione terminato il 31 dicembre 2020 (artt. 126 e 127 dell’Accordo). Lo stesso Accordo attribuiva alla CGUE la competenza a conoscere dei rinvii pregiudiziali presentati dal Regno Unito entro la fine del periodo di transizione e la giurisdizione

sul controllo del rispetto dei vincoli derivanti dall'Accordo e dai Trattati da parte del Regno Unito, per un periodo di quattro anni (artt. 86 e 87 dell'Accordo). Il caso, inoltre, rappresenta uno dei capitoli di cui si compone la più ampia saga *Micula*. Questa consiste in una nota e complessa vicenda giurisdizionale sviluppatasi tanto nell'ambito della giurisprudenza della CGUE quanto sul piano del diritto internazionale (la saga ha trovato larga trattazione in dottrina; *inter alia*, si veda L. NORTHMORE-BALL ET AL., *Micula v. Romania – A Saga of Lasting Significance*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2021, p. 74 ss.); una vicenda che si colloca nel quadro del complicato rapporto tra diritto dell'Unione e meccanismi di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato (ISDS). Infine, a caratterizzare il contesto della causa in esame vi è il clima di reciproca chiusura dimostrato dagli attori coinvolti. Tale clima, che certo riflette i difficili rapporti determinatisi in conseguenza della *Brexit*, è stato esacerbato dalla contumacia del Regno Unito. Il Paese, infatti, non ha risposto al parere motivato della Commissione, non ha depositato un proprio controricorso in risposta alle conclusioni della Commissione; e, in seguito alla sentenza che ha accertato l'infrazione, non ha neppure agito in opposizione ai sensi dell'art. 41 dello Statuto della Corte. Per questo, la CGUE si è pronunciata sulla base dei soli argomenti avanzati dalla Corte suprema nella sentenza controversa.

Quanto all'oggetto della causa, esso ha riguardato principalmente due questioni: il rapporto tra il primato del diritto UE e gli accordi internazionali conclusi dagli Stati membri (nel caso di specie la Convenzione ICSID), regolato dall'art. 351, par. 1, TFUE, e la relazione tra la CGUE e i giudici nazionali in una così sensibile materia. Entrambi gli aspetti, dunque, attengono al tema più ampio delle modalità di interazione tra tre ordinamenti: il diritto dell'Unione, il diritto dello Stato membro e il diritto internazionale. Nella sentenza controversa, la Corte Suprema ha ritenuto di dare prevalenza alla Convenzione ICSID rispetto al diritto UE, alla luce dell'art. 351, par. 1, TFUE, invece di disapplicare l'accordo internazionale in questione (in ossequio al primato) ed espletare un rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di giustizia. Per quest'ultima, ciò equivale a un inadempimento del diritto UE.

Muovendo da quanto precede, il presente contributo si propone di mostrare come l'esito della causa innanzi ai giudici di Lussemburgo rifletta una situazione di incomunicabilità di fondo tra le giurisdizioni coinvolte. A tal proposito, si fornirà dapprima un breve inquadramento del caso e dei principali punti delle due sentenze, quella della Corte suprema e quella della CGUE (Sezione II). Successivamente, saranno analizzati i diversi approcci

seguiti dalle due Corti nelle rispettive pronunce, al fine di descrivere i contorni dell’assenza di dialogo tra esse. Come si vedrà, ciò è emerso in particolare in relazione alla possibile applicazione dell’art. 351, par. 1, TFUE (Sezione III). Da ultimo, si svolgeranno alcune riflessioni conclusive sul ruolo di questa norma e sulle conseguenze dell’incomunicabilità tra giudici nel caso di specie (Sezione IV).

2. La sentenza della Corte Suprema del Regno Unito oggetto della procedura di infrazione rappresenta l’atto finale del procedimento di riconoscimento ed esecuzione del lodo arbitrale *Micula v. Romania* intentato nel Regno Unito nel 2014, in virtù dell’art. 54 della Convenzione ICSID.

Come si diceva, la saga *Micula* è stata ampiamente descritta in dottrina. In questa sede, basti ricordare che il lodo emesso dal tribunale ISDS nel 2013 ha riscontrato la violazione, da parte della Romania, degli obblighi previsti dal Trattato Bilaterale di Investimento tra Romania e Svezia, nei confronti degli investitori svedesi ricorrenti, i fratelli Micula. Di conseguenza, il tribunale ISDS ha condannato la Romania al risarcimento dei ricorrenti. Nel 2015, però, la Commissione ha riscontrato che il pagamento di tale risarcimento da parte della Romania avrebbe costituito un aiuto di Stato vietato ai sensi dell’art. 107, par. 1, TFUE (decisione 2015/1470). Tale decisione è stata successivamente impugnata dai Micula innanzi al Tribunale, che ne ha disposto l’annullamento (sentenza del Tribunale del 18 giugno 2019, causa T-624/15, *European Food e a. c. Commissione*). La sentenza del Tribunale è stata poi, a sua volta, annullata dalla Corte di giustizia, con sentenza del 25 gennaio 2022, causa C-638/19 P, *Commissione c. European Food e a.* (T. COLLA RUVOLO, *La Sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea nel caso Micula: alcune novità in materia di aiuti di Stato e Investment Arbitration*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2022, p. 745 ss.; N. BERGAMASCHI, *Il diritto UE ha un problema con la Convenzione ICSID? Gli Stati membri tra Scilla (Micula) e Cariddi (Achmea)*, in questo *Blog*, 2022). Nel momento in cui si scrive, la causa è nuovamente pendente davanti al Tribunale. Nel frattempo, i Micula hanno cercato l’esecuzione del lodo in vari Paesi, sia UE che *extra*-UE, tra cui il Regno Unito.

Nella sentenza controversa, la Corte suprema del Regno Unito ha accolto la richiesta degli investitori di annullare la sospensione dell’esecuzione del lodo che era stata accordata dai giudici di primo e di secondo grado. Questi ultimi avevano accolto la richiesta della Romania, in attesa del verdetto della CGUE sulla validità della decisione della Commissione, in ottemperanza all’obbligo di leale cooperazione di cui all’art. 4, par. 3, TUE. Secondo la

Corte suprema, tuttavia, l'obbligo di dare esecuzione ai lodi arbitrali derivante dall'art. 54 della Convenzione ICSID – che non ammette sospensioni – avrebbe dovuto prevalere sui vincoli di diritto UE in base ai quali era stata disposta la sospensione dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 351, par. 1, TFUE.

Più nel dettaglio, la sentenza della Corte suprema muove dalla premessa dell'effettiva esistenza di un conflitto tra gli obblighi posti in capo al Regno Unito, rispettivamente, dal diritto UE e dal diritto internazionale. Da un lato, infatti, la Corte suprema ha riconosciuto che il principio di leale cooperazione avrebbe imposto allo Stato di sospendere l'esecuzione del lodo (punto 56 della sentenza controversa), anche alla luce della giurisprudenza della CGUE (il riferimento è alla sentenza della Corte del 14 dicembre 2020, causa C-344/98, *Masterfoods*, punto 57). D'altro lato, tuttavia, la Corte ha identificato l'esistenza dell'obbligo *ex art. 54* della Convenzione ICSID.

Per far fronte a simili antinomie, il diritto dell'Unione è stato dotato di una apposita clausola, oggi contenuta nel già richiamato art. 351, par. 1, TFUE. Come noto, infatti, tale disposizione permette agli Stati membri di rispettare gli obblighi internazionali da essi assunti nei confronti di Stati terzi alla luce di accordi conclusi prima dell'acquisizione dello *status* di membro dell'Unione; ciò anche nel caso di un potenziale conflitto con il diritto UE (in tema, C. MASSA, *L'art. 351 TFUE e gli accordi internazionali degli Stati membri a fronte dell'espansione delle competenze dell'Unione europea*, in *Quaderni AISDUE*, n. 1, 2024; L. PANTALEO, *The Court of Justice Finally Rules on the Analogical Application of Art. 351 TFEU: End of the Story?*, in *Europeanpapers.eu*, 2022, p. 1005 ss.; P. MANZINI, *The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law*, in *European Journal of International Law*, 2001, p. 781 ss.). Si tratta, in sostanza, di una clausola di subordinazione, che permette di derogare al principio del primato e di disapplicare le norme di diritto UE al ricorrere di due requisiti di applicazione, che ne limitano la portata. Innanzitutto, vi è un requisito temporale: l'accordo internazionale in questione deve precedere l'adesione dello Stato membro all'Unione (o il 1° gennaio 1958, per i Paesi fondatori). In secondo luogo, la clausola preserva solo gli obblighi degli Stati membri nei confronti di Stati terzi; risultano pertanto esclusi gli obblighi assunti innanzi ad altri soggetti, a partire dagli obblighi nei confronti di Stati membri. Nelle relazioni *intra-UE*, infatti, il diritto dell'Unione prevale sempre sugli accordi. Laddove ricorrano obblighi verso Stati terzi, invece, il primato può restringersi, al fine di evitare la responsabilità internazionale degli Stati membri in caso di mancato ottemperamento ai propri impegni di diritto internazionale pattizio (sempre posto il requisito temporale).

La Corte suprema si è quindi trovata a dover valutare se l’art. 54 della Convenzione ICSID soddisfacesse i due requisiti di applicazione dell’art. 351, par. 1, TFUE (parr. 101-108 della sentenza controversa). Poiché l’adesione del Regno Unito alla Convenzione ICSID precede di sette anni l’adesione del Paese all’allora CEE, l’analisi del giudice si è concentrata in particolare sul secondo requisito. A tal fine, egli ha provveduto ad interpretare la disposizione con riguardo al testo, al contesto, all’oggetto e allo scopo della stessa, secondo le regole interpretative di diritto internazionale consuetudinario codificate agli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (CVDT). Come risultato, il giudice ha ritenuto che l’obbligo in esame non potesse qualificarsi in termini di bilateralità, dovendo invece considerarsi come un obbligo *erga omnes partes*. Pertanto, tale obbligo avrebbe potuto essere fatto valere non solo da parte dello Stato di appartenenza degli investitori (vale a dire la Svezia, Paese membro dell’Unione), ma anche da parte di tutti gli altri Stati aderenti alla Convenzione ICSID, inclusi i Paesi terzi, anche se non coinvolti nella singola controversia. In questo senso, dalla disposizione scaturirebbe “a network of mutual enforcement obligations” tra le Parti contraenti (punto 106 della sentenza controversa) rispetto all’esecuzione di un lodo ICSID. È grazie a questa interpretazione dell’ambito di applicazione soggettivo dell’art. 54 della Convenzione ICSID che la Corte suprema ha ritenuto di dover riconoscere ad essa la prevalenza sul diritto UE.

In aggiunta a ciò, la Corte suprema ha stabilito di non essere tenuta a rinviare la questione in via pregiudiziale alla CGUE, dal momento che essa riguardava l’interpretazione di una disposizione di un accordo vincolante il Regno Unito ma non l’Unione (punto 99 della sentenza controversa).

Veniamo ora alla sentenza relativa al procedimento di infrazione *Commissione c. Regno Unito*. In essa, la CGUE ha accolto tutti e quattro i motivi di infrazione proposti dalla Commissione, ritenendo insoddisfacenti gli argomenti della Corte suprema. Come già la sentenza controversa, anche la pronuncia della CGUE ruota attorno alla questione fondamentale circa la possibilità di sussumere l’obbligo dell’art. 54 della Convenzione ICSID all’interno della fattispecie astratta a cui si riferisce la clausola dell’art. 351, par. 1, TFUE. Oltre ad essa, i giudici di Lussemburgo si sono interrogati su quale fosse la Corte competente ad esprimersi in via definitiva sulla controversia principale.

In primo luogo, secondo la CGUE, il Regno Unito avrebbe interpretato erroneamente l’art. 351, par. 1, TFUE, conferendo ad esso una portata troppo ampia. La clausola *ivi* contenuta richiederebbe invece un’interpreta-

zione restrittiva, costituendo un'eccezione al principio del primato, cioè ad una delle caratteristiche essenziali dell'ordinamento dell'Unione. Secondo la CGUE, tale interpretazione restrittiva escluderebbe l'obbligo *ex art. 54* della Convenzione ICSID dall'ambito di applicazione della clausola; e, di conseguenza, impedirebbe la restrizione del primato nel caso di specie (*Commissione c. Regno Unito*, cit., punti 84-86).

In secondo luogo, continua la Corte UE, il Regno Unito avrebbe violato il principio di leale cooperazione, non avendo sospeso il procedimento nonostante la questione oggetto della causa fosse già stata oggetto di una decisione della Commissione (citata *supra*), la cui legittimità era messa in discussione in una causa all'epoca (e tuttora) pendente davanti ai giudici dell'Unione (*Commissione c. Regno Unito*, cit., punti 93-134). Vero è che, fino a quel momento, il quesito circa la compatibilità tra la decisione e l'art. 351, par. 1, TFUE non era stato sottoposto alla CGUE. La decisione della Commissione, tuttavia, si fondava proprio sul presupposto della compatibilità con detto articolo (decisione 2015/1470, cit., considerando nn. 126-129). Con la conseguenza che qualsiasi valutazione sulla compatibilità tra la decisione e la disposizione di diritto primario si sarebbe di fatto tradotta in uno scrutinio di legittimità dell'atto di diritto derivato. Per questa ragione, la CGUE ha ritenuto che la Corte suprema avesse errato nel ritenere di essere titolare della competenza ad esprimersi sulla questione, quest'ultima riguardando la portata dell'art. 351, par. 1, TFUE, la cui interpretazione definitiva spetta al giudice dell'Unione, soprattutto laddove da tale interpretazione possa dipendere l'esito di un procedimento parallelo sulla legittimità di un atto delle istituzioni sovranazionali (*Commissione c. Regno Unito*, cit., punti 119-128).

In terzo luogo, la Corte ha concluso che la Corte suprema, quale giudice di ultima istanza, avrebbe dovuto espletare un rinvio pregiudiziale, sulla scorta dei criteri consolidati in giurisprudenza (e da ultimo illustrati nella sentenza della Corte del 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*). Infatti, la questione di sapere se l'obbligo derivante dalla Convenzione ICSID fosse tale da rientrare nella definizione della fattispecie coperta dall'art. 351, par. 1, TFUE era finora inedita, così come non era mai stata precisata dalla Corte la portata dell'espressione della norma "le disposizioni dei Trattati non pregiudicano". Non si trattava, dunque, di *acte éclairé*. Né si configurava la circostanza dell'*acte clair*, visto che il giudice svedese aveva deciso la stessa questione concludendo per l'inapplicabilità dell'art. 351, par. 1, TFUE. Pertanto, i dubbi quanto all'interpretazione della norma avrebbero dovuto essere risolti dalla Corte di giustizia (*Commissione c. Regno Unito*, cit., punti 144-155).

Infine, la CGUE ha riconosciuto anche una violazione dell’obbligo di sospensione del pagamento di aiuti di Stato vietati, *ex art.* 108, par. 3, TFUE, nella misura in cui la revoca della sospensione dell’esecuzione del lodo esigeva che la Romania procedesse al pagamento del risarcimento, ponendo, quindi, questo secondo Stato membro nella condizione di dover violare i propri obblighi in materia di aiuti di Stato, in netto conflitto con il principio di leale cooperazione (*Commissione c. Regno Unito*, cit., punti 159-174).

3. Da quanto precede emerge chiaramente come l’art. 351, par. 1, TFUE – e la sua corretta interpretazione – costituiscano il vero snodo dell’intera vicenda processuale.

Entrambi i giudici, quello del Regno Unito e quello dell’Unione, hanno esaminato con attenzione la questione dell’applicazione di tale norma, arrivando a conclusioni opposte. Eppure, il dato più interessante in proposito non riguarda tanto la divergenza tra gli esiti delle sentenze, quanto piuttosto la differenza tra gli approcci adottati dalle due Corti. L’analisi della Corte suprema fa perno sulla questione se l’obbligo *ex art.* 54 della Convenzione ICSID sia o meno da intendersi come *erga omnes partes*. La CGUE, invece, adotta un’altra prospettiva, non priva di qualche ambiguità. In prima battuta, anch’essa si è espressa sulla questione della natura dell’obbligo in esame, sostenendo che “[...] uno Stato terzo non appare legittimato ad esigere dal Regno Unito, ai sensi della Convenzione ICSID, l’esecuzione del lodo arbitrare” (*Commissione c. Regno Unito*, cit., punto 75). Da ciò, deve dedursi che, per la CGUE, la disposizione *de qua* non dia origine ad un obbligo *erga omnes partes*, bensì bilaterale (in questo caso *intra-UE*). Tuttavia, questo punto non è dirimente e, anzi, potrebbe intendersi come *obiter dictum*. La Corte gli dedica soltanto poche righe della sentenza e non motiva l’asserzione sopra riportata. Essa si limita solo a richiamare alcuni punti delle conclusioni dell’AG (conclusioni dell’AG Emiliou, cit., parr. 133-137), in cui, però, non si trova alcun argomento specifico a riguardo. Nei passaggi citati dalla Corte, infatti, l’AG traccia soltanto un quadro generale sulla distinzione teorica tra obblighi internazionali di natura collettiva e obblighi di natura bilaterale. Di fatto, quindi, la CGUE afferma la natura bilaterale dell’obbligo ICSID in esame senza fornire una chiara motivazione a supporto della propria tesi. Invero, il ragionamento della Corte si concentra su una questione differente.

Contrariamente a quanto ci si potrebbe aspettare, l’argomento decisivo che porta la CGUE a riscontrare la violazione dei Trattati non è il fatto che il giudice del Regno Unito ha interpretato erroneamente la natura dell’obbligo

ex art. 54 della Convenzione ICSID. Piuttosto, l'infrazione è dovuta al fatto che la Corte suprema non è stata in grado di dimostrare che la natura di tale obbligo sia idonea a permettere la deroga del primato alla luce dell'art. 351, par. 1, TFUE. In base all'interpretazione restrittiva dei criteri che permettono l'applicazione di questa norma, infatti, il giudice del Regno Unito era tenuto a dimostrare l'esistenza di un obbligo internazionale che fosse esigibile da parte di uno Stato terzo. Secondo la CGUE, invece, la Corte suprema si sarebbe limitata a dimostrare l'esistenza di un mero interesse di fatto all'esecuzione del lodo da parte degli altri Paesi parti della Convenzione, senza esaminare in maniera sufficientemente approfondita se all'obbligo del Regno Unito corrispondessero veri e propri diritti di cui gli Stati terzi potrebbero avvalersi nei suoi confronti (*Commissione c. Regno Unito*, cit., punti 77 e 82-83).

Per la Corte di giustizia, quindi, non è importante definire – una volta per tutte – la natura dell'obbligo *ex art. 54* della Convenzione ICSID sul piano del diritto internazionale (nonostante l'*obiter dictum* di cui sopra), come aveva cercato di fare la Corte suprema. Ciò che rileva ai fini della valutazione dell'infrazione, e che vale la violazione dell'art. 351, par. 1, TFUE da parte del Regno Unito, è la carenza delle motivazioni addotte dalla Corte suprema con riguardo alla presunta soddisfazione dei requisiti di applicazione dell'art. 351, par. 1, TFUE.

I due differenti approcci seguiti dalle Corti portano, a ben vedere, ad una situazione di sostanziale incomunicabilità tra di esse. Da un lato, la Corte suprema ha ritenuto di aver esaurito la questione attraverso un esame piuttosto articolato, giungendo alla conclusione che “[...] obligations under the ICSID Convention are owed by all Contracting States to the community of Contracting States” (punto 107 della sentenza controversa). Dall'altro, la CGUE ha insistito sul fatto che, ai fini della tutela del primato, ciò non è sufficiente. Tuttavia, essa non ha ribattuto agli argomenti della Corte suprema, la quale potrà pertanto sentirsi legittimata a continuare a sostenere che l'obbligo convenzionale in esame abbia portata *erga omnes partes*, ai sensi del diritto internazionale (sul punto, la dottrina ha manifestato posizioni diversificate: in senso affermativo, per esempio, si veda G. ZARRA, *The enforceability of arbitral awards deriving from intra-EU investments agreements*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 891 ss., spec. pp. 910-911).

Si assiste, così, ad uno scambio di vedute in cui i due attori non riescono a capirsi. La Corte suprema fa riferimento all'esistenza di obblighi internazionali esigibili dalla controparte. La CGUE, invece, sostiene che la dimostrazione della presenza di tali obblighi non provi anche l'esistenza di

un'eventuale responsabilità del Regno Unito *erga omnes partes*, che richiede di essere altrimenti dimostrata, ai sensi del diritto UE. Come osserva Riccardi, l'approccio della CGUE (già manifestato dall'AG Emiliou nelle proprie conclusioni) sembrerebbe allontanarsi dalle categorie del diritto internazionale (L. RICCARDI, *op. cit.*, p. 391). D'altra parte, è la stessa Corte a precisare che si tratta principalmente di interpretare l'art. 351, par. 1, TFUE, il quale “[...] non contiene alcun rinvio al diritto degli Stati membri o al diritto internazionale, cosicché le espressioni contenute in tale disposizione devono essere considerate nozioni autonome del diritto dell'Unione” (*Commissione c. Regno Unito*, cit., punto 121). In questo senso, la CGUE ha tradotto in termini di diritto dell'Unione una questione che, secondo la Corte suprema, avrebbe dovuto leggersi con il linguaggio del diritto internazionale.

Con la sua posizione, la CGUE sembra confermare che, in linea generale e teorica, l'art. 351, par. 1, TFUE trovi applicazione nel caso di obblighi dovuti a Stati terzi in quanto aventi natura *erga omnes partes*. Ciò, di per sé, rappresenta un elemento di novità nella giurisprudenza sulla portata della disposizione (cfr. S. SALUZZO, *Accordi internazionali degli Stati membri dell'Unione europea e Stati terzi*, Milano, 2018, pp. 134-139; già in questo senso, oltre a Saluzzo, *ivi*, p. 139, anche A. ROSAS, *The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, p. 1304 ss., spec. p. 1320). Tuttavia, la Corte non chiarisce del tutto le circostanze per cui un obbligo internazionale possa risultare effettivamente dovuto a tutte le parti dell'accordo, *ai sensi* della norma di diritto UE in esame. Quali che siano tali circostanze, in concreto, sarà necessaria una valutazione di caso in caso. La questione diventa, allora, quella di sapere chi sia il giudice competente ai fini di tale valutazione. Anche questo aspetto, però, pare essere terreno di incomprensione tra le due Corti.

La Corte suprema ha sostenuto che, trattandosi di interpretare la portata di un obbligo previsto da un accordo dello Stato membro, in quanto tale da considerarsi *part of the law of the State*, la giurisdizione appartenesse al giudice nazionale. La CGUE, invece, spostando l'attenzione sulla definizione della portata dell'art. 351 TFUE, ne ha fatto una questione di interpretazione del diritto UE, avocando a sé la competenza.

Nella pronuncia, il punto viene affrontato con riguardo ai motivi di infrazione concernenti la violazione del principio di leale cooperazione e dell'art. 267 TFUE. Più in particolare, la CGUE riafferma, da una parte, la propria competenza esclusiva ad interpretare la portata dell'art. 351, par. 1, TFUE. Dall'altra parte, la Corte spiega come essa disponga anche del potere

di esaminare la portata di una convenzione internazionale di cui fa parte uno Stato membro, nella misura in cui la questione rilevi ai fini dell'applicazione del summenzionato articolo. In virtù di ciò, la Corte suprema avrebbe dovuto sospendere il procedimento e rinviare la questione alla CGUE. Si è detto, infatti, che il caso non soddisfaceva i criteri *CILFIT* e che, in aggiunta, dalla questione in esame dipendeva anche quella della validità di un atto delle Istituzioni, oggetto di un altro procedimento pendente in parallelo (entrava quindi in gioco la dottrina *Foto-Frost*, seppur indirettamente).

Adottando un approccio controfattuale, ci si potrebbe chiedere cosa sarebbe accaduto qualora la Corte suprema avesse ottemperato al proprio obbligo e rinviato al giudice dell'Unione. In questa ipotesi, la CGUE si sarebbe probabilmente trovata di fronte a una domanda di rinvio in cui il giudice nazionale avrebbe chiesto se un obbligo avente *natura erga omnes* (tale è la posizione della Corte suprema) rientrasse nell'ambito di applicazione dell'art. 351, par. 1, TFUE. A quel punto, la CGUE non avrebbe avuto modo di sottrarsi al confronto. Verosimilmente, essa avrebbe potuto rispondere, così come fatto nella sentenza, che la qualifica di obbligo *erga omnes partes* come intesa dalla Corte suprema non corrisponde a una fattispecie tale da permettere il restringimento del primato ai sensi della norma del Trattato. In questo caso, però, avrebbe dovuto motivare più dettagliatamente rispetto a quanto fatto nella sentenza in esame, per spiegare al giudice *a quo* perché un obbligo, che quest'ultimo ritiene essere di portata *erga omnes partes*, in realtà non possa dirsi tale ai fini dell'art. 351, par. 1, TFUE. Difficilmente, dunque, la CGUE avrebbe potuto esimersi dall'interpretare lei stessa la norma di diritto internazionale vincolante per lo Stato membro.

Secondo alcuni commentatori, una simile via non sarebbe percorribile, poiché equivarrebbe a un'indebita invasione nella sfera di competenza della giurisdizione nazionale (secondo Riccardi tale criticità è riscontrabile anche nella sentenza in esame, in L. RICCARDI, *op. cit.*, pp. 389-391). Altri Autori, invece, già in passato avevano espresso pareri più possibilisti quanto all'esistenza di un simile potere in capo alla CGUE (P. MANZINI, *op. cit.*, pp. 787-788; in senso meno netto, J. KLABBERS, *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge, 2010, pp. 144-148). Vero è che la Corte stessa ha più volte ripetuto che “[...] non spetta alla Corte, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale bensì al giudice nazionale, accertare quali siano gli obblighi imposti allo Stato membro interessato da una convenzione internazionale anteriore e definirne i limiti” (sentenza della Corte del 2 agosto 1993, causa C-158/91, *Levy*, punto 21; sentenza della Corte del 14 gennaio 1997, causa C-124/95, *Centro-com*, punto 58; in argomento anche le conclusioni dell'Av-

vocato generale Jean-Pierre Warner, del 25 ottobre, causa 34/79, *Henn and Darby*, par. 3833; in dottrina, si veda M. BROBERG, N. FERBERG, *Broberg and Fenger on Preliminary References to the European Court of Justice (3rd edn)*, Oxford, 2021, pp. 117-118).

Ciononostante, come si apprende dalla pronuncia in esame, ciò non deve intendersi come limite assoluto. La Corte, infatti, può considerarsi competente laddove si tratti di determinare se le disposizioni di una convenzione internazionale possano rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 351, par. 1, TFUE (*Commissione c. Regno Unito*, cit., punto 126). Per di più, in questo caso, la questione rileva anche ai fini della validità di un atto delle istituzioni (sulla competenza della Corte in una simile evenienza, si veda M. BROBERG, N. FERBERG, *op. cit.*, pp. 118-119). Si può quindi ipotizzare che, nello scenario immaginato, la CGUE non avrebbe concluso nel senso di doversi astenere dall'interpretare la portata dell'obbligo contenuto nella convenzione internazionale, per quanto rientrante nel diritto nazionale dello Stato membro. D'altronde, dalla questione dipende quella della portata di una disposizione del diritto UE, in particolare di una norma che deroga al primato. È quindi possibile tracciare un parallelismo con la giurisprudenza riguardante un'altra deroga al primato, cioè la clausola di identità nazionale *ex art. 4, par. 2, TUE*. In tale contesto, infatti, emerge (per esempio in sentenza della Corte del 22 febbraio 2022, causa C-430/21, *RS*, punti 68-78) che, anche se spetta ai giudici (costituzionali) nazionali stabilire in cosa consista l'identità nazionale del proprio Paese, sia comunque la CGUE a dover verificare volta per volta se il caso sia tale da permettere di derogare al primato (così L. S. ROSSI, *Il principio del primato come "regola di coesione" dell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Quaderni AISDUE*, n. 1, 2024, p. 16).

Ciò detto, l'interpretazione di una disposizione di una convenzione a cui partecipa uno Stato membro non può certo essere affrontata a cuor leggero da parte della Corte di giustizia. Infatti, ciò implica che la norma nazionale venga presa in esame come questione di diritto, e non come questione di fatto (*cf.* L. RICCARDI, *op. cit.*, pp. 389-391; A. ROSAS, *European Union Law and National Law: A Common Legal System?*, in K. KARJALAINEN ET AL. (eds.), *International Actors and the Formation of Laws*, 2022, p. 11 ss., p. 20). Mentre in questo secondo caso farebbe fede l'interpretazione data dal giudice nazionale, nel primo caso la giurisdizione della CGUE si sostituisce a quella del giudice nazionale. Inoltre, si tratta di una norma di diritto internazionale. Di conseguenza, anche laddove la CGUE concludesse per la natura bilaterale e *intra-UE* dell'obbligo esaminato, ciò non varrebbe a escludere

l'eventuale responsabilità del Paese membro nei confronti delle controparti terze, qualora queste ultime non dovessero (a ragione) concordare con la Corte di giustizia (art. 27 CVDT). Si comprendono, quindi, le ragioni per cui, davanti a questa eventualità, il giudice dello Stato membro avrebbe di che fare resistenza nei confronti della Corte di giustizia.

In un caso simile, pure ammettendo che la CGUE sia effettivamente dotata della competenza a stabilire la portata dell'obbligo internazionale in esame, sarebbe alto il rischio di un conflitto giurisdizionale tra la Corte e il giudice nazionale. Forse, è proprio per questo che la CGUE si è ben guardata dall'interpretare la disposizione ICSID ed ha evitato di controbattere punto per punto agli argomenti della Corte suprema. Essa, invece, ha trovato un'altra strada, motivando a partire da considerazioni prettamente di diritto UE (ciò, nonostante la competenza della CGUE ad interpretare il diritto nazionale sia più facile da affermare nell'ambito di una procedura di infrazione, rispetto a quanto può avvenire in un rinvio pregiudiziale; *cfr.* A. ROSAS, *European Union Law and National Law*, cit., p. 20; per analogia, si veda la sentenza della Corte del 15 settembre 2011, causa C-264/09, *Commissione c. Slovacchia*, punti 40-51).

Si determina così un paradosso: mentre la mancanza di dialogo (nella forma del rinvio pregiudiziale) costituisce motivo di censura per il Regno Unito, è proprio l'assenza di un confronto diretto tra le due Corti, facilitata dalla contumacia dello Stato, a consentire alla CGUE di addivenire alle conclusioni della sentenza seguendo il percorso per lei più agevole.

4. Il conflitto normativo tra diritto dell'Unione e diritto internazionale emerso nel caso esaminato (e più in generale nella vicenda *Micula*) può inquadrarsi all'interno del più generale fenomeno di frammentazione del diritto internazionale (M. KOSKENNIEMI (ed.), *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: report of the Study Group of the International Law Commission*, 2006, p. 13; *cfr.* H. HESTERMEYER, *When regimes collide: Micula – and the fragmentation of the international legal system*, in *eulawlive.com* 2022), il quale contribuisce a complicare il rapporto tra diritto UE e ISDS. In questo contesto, la clausola di cui all'art. 351, par. 1, TFUE si presta a fungere da ponte tra i diversi ordinamenti, riconoscendo la possibile insorgenza di antinomie (E. ROUNOUNAS, *Engagements parallèles et contradictoires (Volume 206)*, in *The Hague Academy Collected Courses Online*, 1987, p. 264) e fornendo una regola a cui le autorità giudiziarie interne all'Unione possono fare riferimento per affrontarle (M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, pp. 60-61). La norma, quindi,

permette una forma di coordinamento nella frammentazione. Affinché il dialogo sia effettivo, però, bisogna intendersi su quali fattispecie rientrino nell’ambito di applicazione della clausola e su quale sia il giudice competente a definire detto ambito.

In *Commissione c. Regno Unito*, la CGUE ha chiarito, in modo per la verità non sorprendente, che spetta ad essa esercitare tale ruolo. Ciò si giustifica anche alla luce dell’importanza che il primato riveste all’interno del quadro costituzionale dell’Unione. La Corte sembra farne una questione esistenziale, tanto che la sentenza controversa risulta “[...] tale da mettere in discussione la coerenza, la piena efficacia e l’autonomia del diritto dell’Unione nonché, in ultima analisi, il carattere proprio dell’ordinamento istituito dai Trattati” e, per questo, “[...] ha gravemente leso l’ordinamento giuridico dell’Unione” (*Commissione c. Regno Unito*, cit. punti 86-87). Tutto ciò, però, potrebbe non essere comunque sufficiente a convincere il giudice nazionale di trovarsi di fronte a un obbligo internazionale di natura bilaterale, visto che la CGUE non ha approfondito nel merito questo profilo. Questo è il risultato della mancanza di dialogo tra le due Corti che, a sua volta, riflette un’incomunicabilità di fondo tra di esse. Ad essere discordanti, infatti, non sono soltanto le conclusioni a cui sono giunte, ma anche gli approcci che hanno seguito, cioè le premesse su cui dovrebbe fondarsi il confronto tra loro.

Ciononostante, proprio la mancanza di comunicazione tra gli attori coinvolti, unita al contesto di frammentazione tra ordinamenti che fa da sfondo alla vicenda, permette a questi ultimi di rimanere convinti ciascuno della propria tesi. Per quanto riguarda la CGUE, essa ha accentrato su di sé la giurisdizione in materia e protetto il primato del diritto UE, di fatto ignorando le argomentazioni di merito apportate dalla Corte suprema. La Commissione, poi, può certamente dirsi contenta, soprattutto grazie a un particolare della sentenza. Si tratta dell’*obiter dictum* con cui la CGUE ha qualificato come bilaterale (pur senza motivare) l’obbligo di cui all’art. 54 della Convenzione ICSID, che verosimilmente impedirà al Tribunale di stabilire altrimenti nell’ambito del parallelo procedimento sulla legittimità della decisione della Commissione. Il Regno Unito, dal canto suo, può comunque rimanere assestato sulla posizione espressa dalla propria Corte suprema. In quanto Paese terzo, infatti, esso può scegliere di dare prevalenza ai propri obblighi derivanti dalla Convenzione ICSID rispetto a quelli di diritto UE, senza timore di particolari conseguenze. Inoltre, la sentenza ha un impatto anche per i giudici degli Stati membri in cui gli investitori cerchino l’esecuzione dei lodi ICSID emessi da tribunali in controversie *intra*-UE. Tali giudi-

ci, ora, sanno di potere (e di dovere) disapplicare gli obblighi derivanti dalla Convenzione in contrasto con il diritto dell'Unione, anche nel caso in cui la loro adesione all'Unione sia successiva alla ratifica della Convenzione. D'altronde, questo era quello che già facevano (per esempio, il giudice svedese di cui *supra*). Tutto ciò, ovviamente, va a danno degli investitori. Per questi ultimi, però, rimane sempre valida l'opzione di rivolgersi alle giurisdizioni di Paesi terzi, le quali non sono certo vincolate dal diritto UE, né dalla giurisprudenza della CGUE, come dimostra ancora una volta la recente pronuncia della Corte d'appello statunitense proprio nel caso *Micula*.

In definitiva, siamo di fronte ad uno scenario in cui tutti i soggetti coinvolti esprimono unilateralmente la propria visione delle cose senza arrivare ad un momento di sintesi. L'incomunicabilità di fondo che caratterizza il loro operato si traduce in una situazione in cui, alla fine, "hanno tutti ragione" (P. SORRENTINO, *Hanno tutti ragione*, Milano, 2010), ognuno per conto suo.

Abstract (ita)

In *Commissione c. Regno Unito*, la CGUE ha dichiarato il Regno Unito inadempiente rispetto agli obblighi di diritto UE, a cui il Paese era vincolato durante il periodo di transizione successivo alla *Brexit*. La sentenza, che si inserisce all’interno della saga *Micula*, verte su due principali questioni: la possibilità di applicare la clausola di cui all’art. 351, par. 1, TFUE all’obbligo di esecuzione dei lodi arbitrali ISDS *ex art. 54* della Convenzione ICSID; l’individuazione del giudice competente a decidere sul punto. La procedura di infrazione ha in oggetto una sentenza della Corte suprema del Regno Unito, in cui questa aveva disapplicato il diritto UE, in virtù della suddetta clausola, e dato prevalenza ai propri obblighi di diritto internazionale derivanti dalla Convenzione ICSID. Secondo la CGUE, invece, la Corte suprema ha interpretato troppo estensivamente la portata della norma *ex art. 351, par. 1, TFUE*, mentre avrebbe dovuto rimettere a lei la questione tramite rinvio pregiudiziale. Come il contributo si propone di dimostrare, l’esito della causa riflette una situazione di incomunicabilità tra i giudici coinvolti. Nonostante entrambe le sentenze ruotino attorno alla questione dell’applicazione dell’art. 351, par. 1, TFUE, i due giudici sono giunti a conclusioni opposte, poiché guidati da approcci divergenti. Quello della Corte suprema poggia su considerazioni di diritto internazionale, nonché sul proprio ruolo di giurisdizione nazionale. Quello dalla CGUE, invece, tende a riportare la questione a valutazioni basate sul diritto UE, senza ribattere nel merito agli argomenti della Corte Suprema. A fronte di ciò, il contributo chiude con una riflessione su come l’assenza di dialogo tra le Corti, nonché il contesto di frammentazione tra ordinamenti, faccia sì che, dal proprio punto di vista, entrambi i giudici abbiano ragione.

Abstract (eng)

In *Commission v. United Kingdom*, the ECJ found the UK to be in breach of its obligations under EU law, to which it was bound during the post-Brexit transition period. The judgment is part of the *Micula* saga and concerns two main issues: the possibility of applying the clause of Article 351, para. 1, TFEU to the obligation to enforce ISDS arbitral awards under Article 54 of the ICSID Convention; and the identification of the competent court to decide on the issue. The infringement proceeding concerned a

judgment issued by the UK Supreme Court, in which the latter disapplied EU law under the above-mentioned clause and gave precedence to its international obligations under the ICSID Convention. However, according to the ECJ, the Supreme Court interpreted the scope of Art. 351, para. 1, TFEU too broadly, whereas it should have referred the matter to the ECJ for a preliminary ruling. As the present contribution aims to show, the case outcome reflects a situation of incommunicability between the courts involved. Although both judgments revolve around the question of the application of Art. 351, para. 1, TFEU, the two courts came to opposite conclusions, as they adopted divergent approaches. The approach of the Supreme Court rests on considerations of international law, as well as on its own role as a national court. That of the CJEU, on the other hand, consists of an assessment grounded on EU law, without replying to the merit of the Supreme Court's arguments. In conclusion, a reflection is made on how the absence of dialogue between the courts, in the context of legal orders' fragmentation, implies that both courts are right, at least from their own point of view.

UNA PRIMA LETTURA DEL REGOLAMENTO (UE) 2023/2675 SULLA COERCIZIONE ECONOMICA DA PARTE DI PAESI TERZI

Federico Ceci (Ricercatore TD di diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro") – 4 giugno 2024

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contesto di adozione del Regolamento: brevi cenni. – 3. L'ambito di applicazione. – 4. L'accertamento della coercizione economica: le competenze della Commissione e del Consiglio. – 5. Le misure di risposta dell'Unione. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Il 27 dicembre 2023 è entrato in vigore il Regolamento (UE) 2023/2675 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 novembre 2023, sulla protezione dell'Unione e dei suoi Stati membri dalla coercizione economica da parte di Paesi terzi (di seguito, anche, il "Regolamento").

L'adozione di tale atto deriva dalle preoccupazioni relative alle condotte commerciali, protezionistiche e unilaterali, che alcuni Paesi terzi hanno posto in essere durante gli ultimi anni. Invero, si è osservato un crescente utilizzo di mezzi di coercizione economica: fattispecie che si verifica – anticipando quanto più specificatamente si dirà in prosieguo – qualora uno Stato terzo minacci di esercitare o eserciti pressioni, attraverso misure commerciali ed economiche, per indurre un Paese membro a compiere, o modificare, una determinata scelta politica.

L'atto in esame costituisce uno strumento per dissuadere gli Stati terzi dall'esercitare coercizione economica nei confronti dell'Unione o dei Paesi membri e, qualora la stessa si verifici, per contrastarla. In particolare, esso ha l'obiettivo di stabilire norme e procedure per garantire la tutela degli interessi economici, e non solo, dell'Unione e dei suoi Stati membri. Tali Stati, infatti, non possono affrontare in autonomia la coercizione economica da parte di Paesi terzi attraverso misure che rientrano nel settore della politica commerciale comune, poiché quest'ultima, com'è noto, è ricompresa nelle competenze esclusive dell'Unione, in virtù dell'art. 207 del TFUE.

Il Regolamento colma, così, un vuoto legislativo particolarmente rilevante poiché idoneo a compromettere i diritti e gli interessi dell'Unione e degli Stati membri, soprattutto con riferimento agli scambi e agli investimenti.

Inoltre, l'atto in esame, con base giuridica proprio nell'art. 207, par. 2, del TFUE, è strutturato in modo da garantire un innovativo equilibrio in-

teristituzionale nell'ambito della politica commerciale comune, soprattutto con riguardo ai poteri attribuiti al Consiglio per l'accertamento di eventuali azioni di coercizione economica.

Per altro verso, le misure previste dal Regolamento devono, in ogni caso, essere inquadrare in un contesto di conformità rispetto al diritto internazionale, in linea con i principi e gli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione.

Conseguentemente, l'atto in parola presenta molteplici elementi meritevoli di approfondimento, tanto con riguardo al rapporto delle previsioni del Regolamento con le norme internazionali consuetudinarie e convenzionali in materia di commercio e investimenti, quanto rispetto al coinvolgimento della Commissione e del Consiglio, necessario per il funzionamento concreto delle procedure previste.

Alla luce di tali premesse, dopo aver ricostruito il contesto di adozione del Regolamento, il presente contributo si propone quindi di offrire una prima lettura delle norme dallo stesso imposte e di analizzarne gli aspetti più rilevanti, così da trarne alcune valutazioni critiche.

2. Con riferimento al quadro politico ed economico nell'ambito del quale il Regolamento è stato adottato, occorre, preliminarmente, ricordare che la promozione dell'integrazione commerciale europea, fondata sul libero scambio e sul multilateralismo, ha costituito, sin dal principio, uno dei cardini dell'azione dell'Unione medesima, dando impulso allo sviluppo di differenti politiche, quali quelle relative agli investimenti, alla concorrenza e alla ricerca. In tale contesto, l'attività dell'Unione nelle relazioni internazionali è sempre stata ispirata alla rigorosa osservanza del diritto internazionale, come del resto imposto dall'art. 3, par. 5, del TFUE.

Tuttavia, nell'ultimo decennio, l'ordine multilaterale internazionale ha subito drastici cambiamenti, generati sia dall'insorgenza di nuovi conflitti armati – che stanno stabilendo un nuovo equilibrio geopolitico ed economico – sia dal rifiuto di alcuni Stati di osservare le norme internazionali in materia di commercio e investimenti – e specificatamente quelle previste dall'accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (di seguito, anche, "OMC") e dall'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (in prosieguo, utilizzando l'acronimo inglese, "GATT") – e dall'incapacità delle organizzazioni internazionali di far rispettare tali norme.

Per ciò che concerne questo secondo profilo, e con particolare riguardo alla condotta di alcuni Paesi terzi, le prime criticità sono sorte, nel 2017, in relazione all'imposizione di tariffe e dazi unilaterali da parte degli Stati Uniti d'America, in applicazione, da una parte, della *Section 201* e della *Section*

301 del *Trade Act* del 1974 e, dall'altra parte, della *Section 232* del *Trade Expansion Act* del 1962 (per un'analisi delle citate misure, si veda T. VERELLEN, *Imperial Presidency Versus Fragmented Executive? Unilateral Trade Measures and Executive Accountability in the European Union and the United States*, in *German Law Journal*, 2023, p. 1127 ss.). Tali normative, invero, hanno consentito al Governo statunitense di imporre dazi e applicare una maggiorazione di tariffe nei confronti di alcuni Stati concorrenti, al fine di tutelare settori industriali ritenuti strategici; ciò, senza la necessità di dimostrare l'esistenza di pratiche commerciali illegittime poste in essere dai citati Paesi, con conseguenti danni, diretti e indiretti, anche per le imprese esportatrici con sede in uno Stato membro.

Ancora, negli ultimi anni, un altro rilevante attore del commercio internazionale, la Repubblica Popolare Cinese, ha fatto ricorso sempre più frequentemente a misure restrittive nei confronti dei suoi partner commerciali. Per ciò che attiene alle relazioni con l'Unione, la Cina ha imposto, a partire dal 2021, molteplici restrizioni ai prodotti importati dalla Lituania – come il rifiuto di sdoganare le merci, il rifiuto delle domande di importazione o le pressioni sulle società europee affinché rimuovessero gli input lituani dalle loro catene di approvvigionamento – oltre ad aver sostanzialmente interrotto le esportazioni verso il Paese baltico (a questo riguardo, L. BIUKOVIC, *The Lithuania-China Row: The European Union's Search for a Strategy and Instruments to Deal With China*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2023, p. 391 ss.). Tali misure sono state adottate quale reazione ad alcuni atti politici posti in essere dal governo Lituano, con particolare riferimento ai commenti pubblici sul trattamento riservato dalla Cina agli Uiguri e sulla repressione delle proteste democratiche a Hong Kong, all'invito del Paese baltico rivolto al Taiwan ad aprire un ufficio di rappresentanza commerciale a Vilnius e, da ultimo, al ritiro della Lituania dal forum di cooperazione economica "17+1", istituito dalla Cina con Stati dell'Europa centrale e orientale.

Gli esempi sopra riportati trovano un denominatore comune nell'utilizzo di misure commerciali da parte di detti Stati per forzare l'adozione o la cessazione di talune condotte politiche da parte di altri Paesi, rientrando, così, nella definizione di coercizione economica. Tali condotte parrebbero, dunque, in contrasto con il principio internazionale di non intervento, nonché con le norme internazionali convenzionali dettate in materia di commercio ed investimenti dall'accordo che istituisce l'OMC e dal GATT.

Cionondimeno, occorre rilevare come proprio il malfunzionamento di tali strumenti convenzionali possa essere ritenuto una delle concause dell'imposizione delle citate misure coercitive (sul punto, C. FREUDLSPERGER,

S. MEUNIER, *When Foreign Policy Becomes Trade Policy: The EU's Anti-Coercion Instrument*, in *Journal of Common Market Studies*, 2024, p. 2 ss.). Nonostante le organizzazioni internazionali abbiano a più riprese sollevato preoccupazioni sugli effetti destabilizzanti della coercizione economica rispetto al regolare funzionamento del sistema commerciale multilaterale, le stesse sono apparse incapaci di fornire reazioni adeguate ed efficaci a tutela degli Stati colpiti da tali condotte.

Questo, soprattutto per quanto concerne il sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC (*WTO Dispute Settlement Mechanism*), competente rispetto ai contrasti sorti tra Stati aderenti all'Organizzazione. Tale meccanismo, basato su regole e procedure prestabilite e finalizzate ad accertare presunte violazioni delle norme dell'OMC, ha permesso, in passato, di ridurre il ricorso ai meccanismi di difesa unilaterali, che spesso hanno provocato ritorsioni da parte dei Paesi bersaglio, portando talvolta a vere e proprie guerre commerciali. Tuttavia, il *Dispute Settlement Mechanism* risulta essere, dal 2019, in uno stato di paralisi dovuto alla mancata nomina, da parte degli Stati Uniti, dei giudici del suo Organo di Appello (sul punto, si veda B. HOEKMAN, P. C. MAVROIDIS, *Burning Down the House? The Appellate Body in the Centre of the WTO Crisis*, in B. HOEKMAN, E. ZEDILLO (eds.), *Trade in the 21st Century: Back to the Past?*, Washington, 2021, p. 243 ss.).

In tale contesto, la crescente preoccupazione legata alla fragilità dell'equilibrio multilaterale del commercio internazionale, ha condotto le istituzioni dell'Unione ad adottare provvedimenti più stringenti in materia, al fine di tutelare gli interessi della stessa Unione e degli Stati membri, nonché di dotarsi di mezzi di difesa rispetto ad eventuali condotte illecite di Paesi terzi.

Da una parte, sono stati adottati strumenti per consentire all'Unione azioni di difesa e reazioni unilaterali nell'ambito del commercio internazionale. Tra questi, si pensi al regolamento (UE) 2017/2321 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, che modifica il regolamento (UE) 2016/1036 relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di dumping da parte di Paesi non membri dell'Unione europea e il regolamento (UE) 2016/1037 relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di sovvenzioni provenienti da Paesi non membri dell'Unione europea; al regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione; al regolamento (UE) 2021/167 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021, recante modifica del regolamento (UE) n. 654/2014, relativo all'esercizio dei diritti dell'Unione per l'applicazione e il rispetto delle norme commerciali internazionali e, da ultimo, al regola-

mento (UE) 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2022, relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno (per un'analisi di detti atti, si veda C. GAMBINO, *Diritto dell'Unione europea e commercio internazionale: le competenze esterne alla prova delle relazioni economiche con i partner asiatici*, Milano, 2024, p. 46 ss.).

Dall'altra parte, le istituzioni dell'Unione hanno direttamente affrontato il tema della coercizione economica. In particolare, sin dalla *Letter of Intent* del 16 settembre 2020, indirizzata ai Presidenti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo, intitolata "State of the Union 2020", la Presidente della Commissione ha inserito tra le iniziative chiave per il 2021 l'adozione di uno strumento deterrente e di reazione alla coercizione economica da parte di Stati terzi. Successivamente, con la comunicazione intitolata "The European economic and financial system: fostering openness, strength and resilience", del 19 gennaio 2021 (COM (2021) 32final), la Commissione si è impegnata a compiere una revisione della sua politica commerciale e a presentare una proposta per scoraggiare e contrastare le azioni coercitive da parte di Paesi terzi. Nel periodo immediatamente successivo, da febbraio a giugno 2021, la Commissione ha svolto ampie consultazioni con le parti interessate, dalle quali è emersa una preoccupazione comune in relazione alla problematicità della coercizione economica.

Facendo seguito all'impegno assunto ed alle consultazioni condotte, la Commissione, l'8 dicembre 2021, ha poi presentato una proposta di regolamento (COM (2021) 775final) sulla protezione dell'Unione e dei suoi Stati membri dalla coercizione economica da parte di Paesi terzi (sul punto, si veda C. H. WU, *The EU's Proposed Anti-coercion Instrument: Legality and Effectiveness*, in *Journal of World Trade*, 2023, p. 297 ss.)

Tale proposta è stata successivamente negoziata ed emendata dal Parlamento europeo e dal Consiglio, soprattutto con riferimento all'individuazione delle competenze delle istituzioni nell'ambito delle fasi di accertamento della coercizione, per poi essere definitivamente adottata il 22 novembre 2023.

3. L'ambito di applicazione del Regolamento è stabilito dagli artt. 2 e 3 dello stesso, che, prevedendo la definizione di coercizione economica, delimitano le condizioni di operatività dell'atto.

Ai sensi di tali norme, sussiste coercizione economica qualora "un Paese terzo applica o minaccia di applicare una misura che incide sugli scambi o sugli investimenti al fine di impedire od ottenere la cessazione, la modifica o l'adozione di un particolare atto da parte dell'Unione o di uno Stato mem-

bro, interferendo in tal modo nelle legittime scelte sovrane dell'Unione o di uno Stato membro" (cfr. art. 2, par. 1). Da una prima lettura, emerge, da una parte, che la definizione sia volutamente ampia – così da ricomprendere nell'ambito di applicazione del Regolamento sostanzialmente ogni misura economica coercitiva che costituisca una restrizione al commercio o agli investimenti – e, dall'altra parte, che, al fine di qualificare una condotta di uno Stato terzo quale coercizione, sia necessaria la sussistenza di differenti elementi.

Il primo, di natura oggettiva, richiede l'applicazione, o la minaccia di applicazione, da parte di uno Stato terzo di una misura che incida sugli scambi o sugli investimenti. A tal proposito, ai sensi dell'art. 3 e del considerando n. 7 del Regolamento, occorre evidenziare che per Paese terzo, deve intendersi anche un territorio doganale separato o un altro soggetto di diritto internazionale; mentre, nell'ambito delle misure che incidono sugli scambi e sugli investimenti sono ricomprese tutte le azioni e le omissioni imputabili a tale Stato terzo, non solo con riferimento a quelle adottate nel territorio di quest'ultimo e che hanno effetti al suo interno, ma altresì con riguardo alle azioni lesive delle attività economiche nell'Unione, anche tramite entità controllate o dirette dal Paese terzo.

Il secondo elemento necessario per qualificare una misura come coercitiva è di matrice soggettiva e riguarda la finalità della stessa misura, posta in essere dal Paese terzo per impedire o ottenere la cessazione, la modifica o l'adozione di un particolare atto da parte dell'Unione o di uno Stato membro, compresa l'espressione della posizione da parte di un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione o di uno Stato membro.

Il terzo aspetto concerne, infine, l'interferenza rispetto alla sovranità delle scelte dell'Unione o del Paese membro colpito, con un diretto richiamo al principio di non intervento vigente nel diritto internazionale. In tal senso, sarà necessario che le azioni realizzate dal Paese terzo risultino idonee a creare un'interferenza con le scelte sovrane dell'Unione o di un singolo Stato membro.

Inoltre, l'art. 2 del Regolamento, al par. 2, prevede altresì che, al fine di valutare la sussistenza di questi elementi, il Consiglio e la Commissione debbano valutare la misura posta in essere dal Paese terzo secondo alcuni parametri qualitativi e quantitativi, tra cui (i) l'intensità, la gravità, la frequenza, la durata, l'ampiezza e l'entità della stessa, anche in considerazione del suo impatto sulle relazioni in materia di scambi e investimenti con l'Unione, e della pressione che ne deriva per l'Unione o per uno Stato membro; (ii) l'eventuale modello di interferenza posto in essere dal Paese terzo; (iii)

l'effettiva interferenza con uno spazio di sovranità dell'Unione o di uno Stato membro; (iv) la motivazione che ha spinto il Paese terzo a tale condotta, soprattutto qualora la stessa possa essere considerata una legittima preoccupazione riconosciuta a livello internazionale; (v) eventuali tentativi da parte del Paese terzo di risolvere la questione, in buona fede, attraverso consultazioni o procedimenti di risoluzione delle controversie internazionali. Tali criteri risultano utili per garantire effettive soglie di rilevanza rispetto all'applicazione del Regolamento, in modo da considerare solo misure coercitive con un impatto sufficientemente grave o, qualora la coercizione economica consista in una minaccia, esclusivamente minacce credibili.

Così fornita la definizione di misura economica coercitiva ai sensi del Regolamento, e conseguentemente delineato il campo di applicazione dello stesso, pare opportuno evidenziare taluni aspetti critici. Invero, tale qualificazione, pur risultando in linea con l'inquadramento del fenomeno della coercizione economica a livello internazionale (per una ricostruzione del quale, si veda B. E. CARTER, *Economic Coercion*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009), potrebbe condurre ad una sovrapposizione delle norme del Regolamento con quelle dell'accordo che istituisce l'OMC, soprattutto con riferimento alle previsioni relative alla risoluzione delle controversie in materia di commercio internazionale. Nello specifico, non è da escludersi che una misura realizzata da un Paese terzo nei confronti di uno Stato membro o dell'Unione possa essere qualificata sia come coercizione economica ai sensi del Regolamento, sia come violazione delle norme previste nell'ambito dell'OMC. In una siffatta ipotesi, ogni azione posta in essere dall'Unione unilateralmente potrebbe rappresentare un inadempimento all'obbligo previsto dall'art. 23 dell'*Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes*, allegato all'accordo istitutivo dell'OMC e pertanto vincolante per le Parti contraenti. Tale previsione, infatti, dispone che, qualora le Parti contestino una violazione agli obblighi del citato accordo, le stesse siano tenute ad attenersi alle regole e alle procedure dell'*Understanding* e, in particolare, a ricorrere al sistema di risoluzione delle controversie ivi contemplato.

Tuttavia, l'ipotetica sovrapposizione tra gli ambiti di applicazione qui considerati, che potrebbe condurre ad un conflitto tra le competenze delle due organizzazioni, può essere a nostro avviso superata attraverso una lettura sistematica delle previsioni del Regolamento.

Precisamente, il considerando n. 12 di quest'ultimo evidenzia che ogni azione intrapresa dall'Unione in virtù del Regolamento "dovrebbe" essere conforme al diritto internazionale e, nello specifico, sottolinea l'importanza

di sostenere il sistema commerciale multilaterale imperniato sull'OMC e di utilizzare il meccanismo di risoluzione delle controversie istituito presso la medesima Organizzazione.

Inoltre, pare rilevante il richiamo operato dal considerando n. 5 dell'atto in parola, da una parte, alla dichiarazione relativa ai principi del diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione fra gli Stati in conformità della Carta delle Nazioni Unite, adottata dall'Assemblea generale il 24 ottobre 1970 e, dall'altra parte, agli articoli della commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti (*Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts – ARSIWA*), adottati nel 2001 in occasione della sua cinquantatreesima sessione, e di cui l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha preso atto con la risoluzione 56/83.

La citata dichiarazione, in linea con il diritto internazionale consuetudinario, prevede che le relazioni internazionali debbano essere condotte in conformità con i principi di sovrana uguaglianza e non intervento, stabilendo che nessuno Stato può applicare misure coercitive economiche, politiche o di qualunque altra natura, o incoraggiarne l'uso, per costringere un altro Paese a subordinare l'esercizio dei suoi diritti sovrani e per ottenere da questo vantaggi di qualsiasi genere.

Allo stesso modo, gli *ARSIWA* costituiscono un tentativo di codificazione delle norme consuetudinarie in materia di atti internazionalmente illeciti e stabiliscono le condizioni per accertare la sussistenza di tali atti, nonché le contromisure applicabili. Per ciò che concerne la presente analisi, è opportuno evidenziare che il combinato disposto degli artt. 22, 49 e 53 degli *ARSIWA*, prevede che, a determinate condizioni quali la proporzionalità e la notifica preventiva, uno Stato colpito da un atto internazionale illecito possa attuare alcune contromisure, ovverosia misure che sarebbero altrimenti in contrasto con gli obblighi internazionali, al fine di ottenere la cessazione della violazione o il risarcimento del danno conseguente alla stessa.

Il richiamo a tali strumenti, se considerato in termini sistematici unitamente al citato considerando n. 12, conduce a ritenere che il Regolamento trovi applicazione esclusivamente nei casi in cui la misura coercitiva dello Stato terzo rappresenti una violazione del principio consuetudinario di non intervento (a tal proposito, si veda C. FURCULITA, *The Anti-Coercion Instrument: Is the EU Renouncing its 'Multilateralist' DNA?*, in *Brexit Institute Working Paper Series*, 2024).

Qualora, invece, la misura coercitiva costituisca un inadempimento rispetto alle obbligazioni previste nell'ambito dell'accordo dell'OMC, tale

condotta andrà contestata in virtù delle norme di quest'ultimo e del citato *Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes*, che, invero, risultano essere *lex specialis* rispetto al diritto consuetudinario e agli strumenti internazionali pocanzi menzionati.

In altri termini, a nostro avviso, il Regolamento troverà applicazione per tutte quelle azioni di coercizione economica da parte di Stati terzi che non possono essere direttamente ricondotte nell'ambito di operatività dell'OMC. A tal riguardo, tuttavia, non pare infondato sostenere che, almeno in un primo momento, il campo di applicazione dell'atto in esame potrebbe estendersi anche alle fattispecie coperte dall'accordo istitutivo dell'OMC e pendenti dinanzi al meccanismo di risoluzione delle controversie della citata Organizzazione, stante l'attuale paralisi dello stesso, di cui si è detto in precedenza.

Il Regolamento si inserisce, così, in un più ampio contesto, dotando l'Unione di uno strumento specifico ed efficace per accertare la sussistenza di misure economiche coercitive e, qualora le stesse si verificano, per contrastarle.

4. Avendo così chiarito i limiti di operatività del Regolamento, appare ora opportuno analizzarne il funzionamento e le procedure previste.

Da questo punto di vista, preliminarmente rispetto all'adozione di qualsivoglia misura, il Regolamento definisce, tramite gli artt. 4 e 5 dello stesso, una complessa fase procedurale interistituzionale finalizzata ad accertare la sussistenza di una misura economica coercitiva.

In particolare, l'art. 4, par. 1, attribuisce alla Commissione la competenza di verificare, di propria iniziativa o sulla base di una richiesta debitamente motivata, se una condotta di un Paese terzo soddisfi le condizioni di cui all'art. 2, par. 1, e possa pertanto essere qualificata come coercizione economica.

Per l'espletamento di tale verifica, l'art. 4, par. 2, prevede che la Commissione possa servirsi di qualsiasi informazione documentata, raccolta di propria iniziativa o ricevuta da fonti attendibili, compresi Stati membri, altre istituzioni, operatori economici o sindacati. A tal fine, la Commissione fornisce uno strumento utile alla presentazione delle citate informazioni – ovvero il punto di contatto unico di cui all'art. 14 – con l'obbligo di garantire riservatezza e la protezione dell'identità dei soggetti interessati. Inoltre, l'art. 4, par. 4, dispone altresì la facoltà, in capo alla Commissione, di invitare i portatori di interesse a presentare informazioni, attraverso la pubblicazione di un avviso nella GUUE e altri mezzi di comunicazione. In detta ipotesi,

tuttavia, vige l'obbligo di notificare al Paese terzo l'avvio della procedura.

Allo stesso tempo, è previsto che gli Stati membri debbano essere informati sull'avvio della verifica e agli stessi possa essere richiesto di fornire informazioni rilevanti, anche sull'impatto delle misure attuate dal Paese terzo.

In ogni caso, questa prima fase di verifica dovrà essere condotta rapidamente e nell'arco di quattro mesi.

Qualora a seguito della menzionata analisi, la Commissione concluda che la misura del Paese terzo costituisce coercizione economica, l'art. 5, par. 1, del Regolamento prevede che la stessa debba presentare una proposta motivata al Consiglio relativa ad un atto di esecuzione con cui si stabilisce che la misura soddisfa le condizioni di cui all'art. 2, par. 1.

Attraverso tale proposta viene fissato un termine indicativo entro il quale la Commissione deve accertare se sussistono le condizioni per adottare misure di risposta ai sensi del Regolamento, che, ad eccezione dei casi in cui ricorrano particolari condizioni da motivare, non potrà superare i sei mesi.

Nella proposta di atto di esecuzione, la Commissione indica altresì se ritiene che al Paese terzo debba essere richiesto di riparare l'eventuale pregiudizio cagionato all'Unione, basando tale valutazione sulle circostanze concrete e, specificatamente, sulla natura e sull'entità del danno causato.

Prima dell'invio della proposta al Consiglio, la Commissione è tenuta ad informare il Parlamento europeo circa le conclusioni raggiunte e, qualora sia utile all'accertamento della condotta illecita, ad invitare il Paese terzo a presentare osservazioni entro un termine ragionevole.

L'art. 5, par. 5, del Regolamento stabilisce, poi, che il Consiglio debba adottare gli atti di esecuzione proposti dalla Commissione o modificare le proposte di quest'ultima con delibera a maggioranza qualificata, entro otto settimane dalla data di presentazione della relativa proposta o, a condizione che motivi tale scelta, nel termine massimo di dieci settimane dalla predetta data. Qualora il Consiglio adotti tali atti di esecuzione, la Commissione sarà tenuta ad informare il Paese terzo richiedendo la cessazione immediata della coercizione economica e, eventualmente, la riparazione del pregiudizio causato.

La fase di accertamento della coercizione economica, come pocanzi descritta, appare coerente con quanto previsto dagli *ARSIWA* in materia di atti illeciti sul piano internazionale. Allo stesso tempo, tale fase è caratterizzata da alcuni elementi innovativi per il quadro dell'Unione, soprattutto con riferimento al rapporto tra istituzioni.

Al riguardo, in primo luogo, occorre notare che l'iniziale proposta di Regolamento attribuiva alla sola Commissione la competenza di verificare

la sussistenza della coercizione in virtù dei criteri, piuttosto ampi, stabiliti dall'art. 2, e di adottare in autonomia le proprie determinazioni attraverso decisioni. Tuttavia, nell'ambito dei negoziati, sia il Consiglio che il Parlamento europeo hanno proposto e ottenuto che la fase di verifica dell'accertamento di misure coercitive prevedesse il loro coinvolgimento e che la decisione circa la sussistenza di tali misure fosse di competenza dei rappresentanti degli Stati membri, attraverso atti di esecuzione adottati ai sensi dell'art. 291, par. 2, del TFUE (per un'analisi dei negoziati del Regolamento, si veda L. SCHAUPP, *The EU's Anti-Coercion Instrument between EU Strategic Autonomy and Member State Sovereignty*, in *EUI, LAW Working Paper*, 2023). Questa modifica, finalizzata al raggiungimento di un maggior equilibrio interistituzionale, si è resa necessaria alla luce della consapevolezza delle serie conseguenze che il Regolamento potrebbe comportare sul piano delle relazioni esterne, conducendo gli Stati membri a prevedere la necessità del consenso anche sul piano intergovernativo, e non solo esecutivo, e l'obbligo di informare il Parlamento europeo, nonostante l'atto in commento sia riconducibile ad una competenza esclusiva dell'Unione.

Allo stesso modo, appare certamente innovativa la previsione relativa all'utilizzo di atti di esecuzione da parte del Consiglio nell'ambito della politica commerciale comune (sul punto, si veda L. SCHAUPP, *Decoding the Intersection of Trade and Security in the EU's Anti-Coercion Instrument*, in *European Foreign Affairs Review*, 2024, p. 133 ss.). Invero, tali atti, seppur espressamente previsti dall'art. 291, par. 2, del TFUE, possono essere adottati dal Consiglio "in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste agli articoli 24 e 26 del trattato sull'Unione europea", poiché, di norma, le competenze delegate spettano alla Commissione, come del resto confermato dal regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione. A questo riguardo, ci sembra che l'attribuzione della competenza di esecuzione al Consiglio, estesa per la prima volta alla politica commerciale comune, sia il risultato di un compromesso politico dovuto alla parziale sovrapposizione tra la materia disciplinata dal Regolamento e gli strumenti di politica estera e di sicurezza comune. Sovrapposizione che, come si avrà modo di osservare, pare dimostrata anche dalla tipologia delle reazioni attuabili dall'Unione.

5. Venendo, per l'appunto, alle misure di risposta dell'Unione, si è già evidenziato come l'atto in commento abbia anzitutto l'obiettivo di scorag-

giare la coercizione economica e, solo se necessario, di contrastarla e di richiedere la riparazione dei pregiudizi causati.

In linea con tali obiettivi, il Regolamento prevede che la reazione dell'Unione possa essere attuata mediante due diverse categorie di misure, che potremmo definire non interventiste e interventiste.

Per quanto concerne la prima categoria, una volta adottato un atto di esecuzione da parte del Consiglio, la Commissione dovrà anzitutto avviare delle consultazioni con il Paese terzo per ottenere la cessazione della misura economica coercitiva e, se del caso, la riparazione del pregiudizio. L'art. 6, par. 1, del Regolamento prevede che tali consultazioni possano essere condotte mediante negoziati diretti ovvero attraverso l'assoggettamento della questione ad un procedimento di risoluzione delle controversie internazionali o con l'ausilio della mediazione e dei buoni uffici di un soggetto terzo. Scelta che, com'è chiaro, potrebbe ricondurre la contestazione relativa alla coercizione economica nuovamente nell'ambito dell'OMC.

Allo stesso tempo, l'art. 7 del Regolamento, dispone che, al fine di ottenere la cessazione della coercizione economica, la Commissione possa, previa consultazione del Consiglio, cooperare con qualsiasi Stato terzo colpito da una condotta simile o identica, o semplicemente interessato.

Le previsioni in parola esprimono, a nostro avviso, la natura principalmente deterrente del Regolamento. Ci sembra, tuttavia, che l'elemento maggiormente innovativo dell'atto in esame sia dato dalla possibilità di adottare misure interventiste e unilaterali.

Invero, qualora, le azioni intraprese ai sensi dei citati art. 5 e 6 del Regolamento non abbiano condotto ai risultati voluti, la Commissione potrà attuare ulteriori misure di risposta mediante atti di esecuzione, adottati in conformità con il regolamento (UE) n. 182/2011. Tali misure, però, potranno essere realizzate solo qualora necessarie a tutelare gli interessi dell'Unione e degli Stati membri, anche in considerazione dei vari interessi in gioco, valutati nel loro insieme, come stabilito dall'art. 9 del Regolamento. Al riguardo, è il caso di specificare che tali interessi, oltre a comprendere la salvaguardia della sovranità dell'Unione e degli Stati membri, concernono altresì quelli degli operatori economici privati e dei consumatori finali dell'Unione colpiti, anche solo potenzialmente, dalla coercizione economica.

Inoltre, la Commissione è tenuta a determinare le misure in parola in modo che le stesse risultino proporzionate alla condotta subita e non superino il grado di pregiudizio per l'Unione, oltre che conformi agli ulteriori criteri previsti dall'art. 11 del Regolamento (come l'efficacia delle misure nell'indurre la cessazione della coercizione economica, l'assistenza che pos-

sono fornire agli operatori economici dell'Unione colpiti da coercizione economica, l'obiettivo di evitare o ridurre al minimo gli effetti economici o di altra natura negativi per l'Unione e l'assenza di oneri e costi amministrativi sproporzionati).

In ogni caso, le misure di risposta dell'Unione, in considerazione della fattispecie concreta, vanno individuate tra quelle previste dall'Allegato I del Regolamento, che ricomprendono, a titolo esemplificativo, l'istituzione di dazi doganali nuovi o maggiorati, l'introduzione o l'aumento di restrizioni all'importazione o all'esportazione, l'imposizione di restrizioni o misure che incidono sugli scambi di merci e di servizi, l'esclusione da appalti pubblici, la previsione di misure che incidono sull'accesso all'Unione di investimenti esteri diretti, nonché l'imposizione di restrizioni per le attività bancarie, assicurative o per l'accesso ai mercati di capitali dell'Unione, o, ancora, alla possibilità di immettere sul mercato europeo merci specificatamente regolamentate, come le sostanze chimiche o i prodotti sanitari e fitosanitari.

Tali misure potranno essere adottate dalla Commissione con un ambito di applicazione soggettivo generale, anche in modo tale da incidere su determinati settori, regioni od operatori dello Stato terzo, o con la previsione di destinatari determinati, ovverosia le persone fisiche o giuridiche connesse o collegate al governo di detto Stato, consentendo, così, il coinvolgimento di attori privati, che di sovente hanno un ruolo fondamentale nell'applicazione della coercizione, soprattutto in ragione della struttura politica ed economica di alcuni Paesi terzi.

Ciò posto, è chiaro che le predette misure potrebbero costituire un inadempimento agli obblighi internazionali gravanti sull'Unione o sugli Stati membri, in virtù di norme consuetudinarie e pattizie. Questa possibilità, a ben vedere, è espressamente contemplata sia dall'art. 8, par. 4, del Regolamento, sia dal citato Allegato I, e appare in linea con quanto stabilito dagli artt. 49 ss. degli *ARSIWA*. Tali norme prevedono infatti che le contromisure possano tradursi in una violazione temporanea delle obbligazioni internazionali da parte dello Stato colpito, al fine di far cessare l'atto illegittimo da parte dell'altro Paese. Da questo punto di vista, il Regolamento, agli artt. 8, par. 9, e 12, dispone che, qualora la coercizione economica sia cessata e l'eventuale pregiudizio venga riparato, la misura di risposta dell'Unione dovrà essere sospesa, cessata o abrogata.

Così inquadrato l'ampio spettro delle misure di risposta, occorre, anzitutto, evidenziare come le stesse, rappresentino una novità nel contesto della politica commerciale comune. Novità che, in ogni caso, appare conforme ai limiti, fissati dall'art. 207, par. 1, del TFUE, con riguardo alle azioni realizzabili dall'Unione nell'ambito della citata politica.

Va peraltro rilevato che le misure adottabili ai sensi del Regolamento

sono, almeno parzialmente, simili, alle misure restrittive applicabili nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune, in virtù di quanto disposto dall'art. 29 del TUE, con la fondamentale differenza relativa alla possibilità di adottare le prime senza la necessità di conseguire l'unanimità in seno al Consiglio (sul punto, si veda P. TÛTTÓ, *An Eye for an Eye? The European Commission's Proposal for an Anti-Coercion Instrument and What It Means for Member States*, in *ELTE Law Journal*, 2022, p. 103 ss.).

Ci sembra, pertanto, che la nuova disciplina ponga in risalto la connessione tra gli obiettivi commerciali e quelli di politica estera del Regolamento.

Ciò appare in linea con quanto previsto nel considerando n. 7, che esprime la necessità di disporre di uno strumento adeguato alla salvaguardia dei diritti e degli interessi dell'Unione e dei suoi cittadini, soprattutto con riferimento alle interferenze con le scelte sovrane di quest'ultima.

Tale connessione, peraltro, trova riscontro anche nel disposto dell'art. 207 del TFUE, il quale, infatti, prevede che la politica commerciale comune venga condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione.

Riteniamo che ciò mostri un ulteriore elemento di innovatività nel Regolamento. La nuova normativa, nel più generale contesto degli atti adottati nell'ambito della politica commerciale comune, manifesta difatti con maggiore evidenza la necessità di legare quest'ultima alle esigenze relative all'azione esterna e di sicurezza dell'Unione.

6. Alla luce dell'analisi svolta, è emerso come il Regolamento nasca dalla consapevolezza dei crescenti rischi conseguenti all'interconnessione delle economie nazionali, tra cui quello di coercizione economica da parte degli Stati terzi provvisti di più potenti mezzi. In tale contesto, riteniamo che l'Unione si sia dotata di uno strumento conforme al diritto internazionale pattizio e consuetudinario, ma allo stesso tempo utile a garantire una risposta efficace, con l'obiettivo primario di dissuadere i Paesi terzi dal porre in essere tali condotte e, in ultima istanza, di attuare talune misure di risposta.

L'adozione del Regolamento dimostra, altresì, un cambio di paradigma nell'ambito della politica commerciale comune, in cui l'Unione risulta evidentemente decisa ad abbandonare, laddove necessario a proteggere i suoi interessi, l'approccio basato sul multilateralismo e la cooperazione internazionale, attraverso l'attuazione di misure unilaterali, finalizzate al conseguimento di obiettivi anche politici e di sicurezza.

Questa prospettiva resta, in ogni caso, soggetta al solido equilibrio interistituzionale previsto dal Regolamento, che, come osservato, impone il

coinvolgimento diretto del Consiglio, seppur attraverso l'adozione di delibere a maggioranza qualificata, oltre che l'obbligo di informare il Parlamento europeo e i portatori di interesse.

Così inquadrato, ci sembra che l'atto esaminato possa rappresentare un valido strumento a disposizione dell'Unione per affrontare la politicizzazione del commercio internazionale, cui si è assistito negli ultimi anni.

Per altro verso, com'è ovvio, l'adeguatezza del Regolamento rispetto agli obiettivi prefissati e la sua effettiva efficacia, potranno essere stimati solo alla luce dell'applicazione dello stesso. In questo senso, è auspicabile che l'atto possa realizzare al meglio i suoi effetti dissuasivi e deterrenti, senza necessità di porre in essere le misure di risposta previste.

L'applicazione di queste ultime, sia pure legittime poiché conformi al diritto internazionale pattizio o convenzionale, potrebbe non escludere il rischio dell'adozione di ulteriori contromisure commerciali da parte di Stati terzi, con impatti negativi sul commercio internazionale.

Abstract (ita)

Il 27 dicembre 2023 è entrato in vigore il Regolamento (UE) 2023/2675 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 novembre 2023, sulla protezione dell'Unione e dei suoi Stati membri dalla coercizione economica da parte di Paesi terzi. L'adozione di tale atto deriva dalla consapevolezza dei crescenti rischi conseguenti all'interconnessione delle economie nazionali, tra cui quello di coercizione economica da parte degli Stati terzi provvisti di più potenti mezzi. Il Regolamento costituisce infatti uno strumento per dissuadere gli Stati terzi dall'esercitare coercizione economica nei confronti dell'Unione o dei Paesi membri e, qualora la stessa si verifici, per contrastarla. Inoltre, l'atto in esame è strutturato in modo da garantire un innovativo equilibrio interistituzionale nell'ambito della politica commerciale comune, soprattutto con riguardo ai poteri attribuiti al Consiglio per l'accertamento di eventuali azioni di coercizione economica. Per altro verso, le misure previste dal Regolamento devono, in ogni caso, essere inquadrare in un contesto di conformità rispetto al diritto internazionale, in linea con i principi e gli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione. Alla luce di tali premesse, dopo aver ricostruito il quadro di adozione del Regolamento, il presente contributo si propone quindi di offrire una prima lettura delle norme dallo stesso imposte e di analizzarne gli aspetti più rilevanti. Ciò, tanto con riguardo al rapporto delle previsioni del Regolamento con la disciplina internazionale consuetudinaria e convenzionale in materia di commercio e investimenti, quanto rispetto al coinvolgimento della Commissione e del Consiglio.

Abstract (eng)

On 27 December 2023, Regulation (EU) 2023/2675 of the European Parliament and of the Council of 22 November 2023 on the protection of the Union and its Member States from economic coercion by third Countries entered into force. The adoption of this Act derives from the awareness of the growing risks resulting from the interconnection of national economies, including that of economic coercion by third States with more powerful means. The Regulation is designed to deter third States from exercising economic coercion against the Union or its Member States and, as a last resort, to counteract it. Moreover, the Act is structured to ensure an innovative inter-institutional balance in the area of the common commercial policy,

especially with regard to the powers entrusted to the Council to determine the occurrence of any economic coercion. On the other hand, the provisions of the regulation must, in any case, be framed in conformity with international law, in line with the principles and objectives of the EU's external action. Accordingly, following a contextual reconstruction of the adoption of the Regulation, this paper intends to offer an introductory analysis of its provisions and to examine its most relevant aspects. This, both with regard to the relationship of the Regulation with international customary and conventional law on trade and investment, and to the involvement of the Commission and the Council.

L'AUTONOMIA PROCESSUALE DEGLI STATI MEMBRI ALLA PROVA DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA: IL CASO *HEUREKA GROUP* (COMPARATEURS DE PRIX EN LIGNE)

Laura Comito (Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II) – 18 luglio 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti alla base della controversia. – 3. La pronuncia della Corte. – 4. Talune considerazioni critiche.

1. Ad una prima lettura della sentenza, il caso *Heureka Group* (Compareurs de prix en ligne) sembra rilevare per le importanti indicazioni che la Corte offre in tema di prescrizione delle azioni per il risarcimento del danno derivante da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione (18 aprile 2024, causa C-605/21, d'ora in poi *Heureka*; per un commento, v. M. SERAFIMOVA, *Limitation Periods in Antitrust Actions for Damages: How the CJEU Tamed the Tyrant of Time – Heureka Group, C-605/21*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 21 May 2024). Il giudice dell'Unione si è trovato invero ad affrontare un caso particolarmente complesso ove le violazioni lamentate dalla ricorrente ricadevano inizialmente nell'ambito di applicazione del codice civile ceco e, dopo la scadenza del termine di recepimento della direttiva 2014/104/UE, nel cono di quest'ultima (peraltro tardivamente traspunta nell'ordinamento interno).

Eppure, ad una più attenta e approfondita analisi, la pronuncia sembra innestarsi altresì nella consolidata giurisprudenza della Corte sui limiti all'autonomia processuale degli Stati membri e merita particolare attenzione poiché il giudice di Lussemburgo giunge, al suo esito, alla disapplicazione della normativa nazionale sulla prescrizione per contrasto con l'art. 102 TFUE, con il principio dell'effetto utile delle norme sulla concorrenza e, non da ultimo, con il principio di effettività.

La presente nota intende ricostruire la vicenda alla base della controversia e, dopo aver analizzato i passaggi salienti della pronuncia della Corte, formulare talune considerazioni critiche con riguardo all'attività interpretativa svolta da quest'ultima, che, in più punti, è apparsa se non altro "creativa".

2. La vicenda da cui origina la controversia oggetto del procedimento principale vede come protagonisti Heureka, una società ceca che gestisce un comparatore di prezzi *online*, e Google LLC. Secondo quanto lamentato dalla prima, e accertato poi da una decisione della Commissione europea,

ad oggi non ancora definitiva (C(2017) 4444 final, del 27 giugno 2017; causa pendente C-48/22 P, *Google e Alphabet c. Commissione* (Google Shopping), Google avrebbe abusato della propria posizione dominante, almeno fino alla data della decisione in questione, in tredici mercati nazionali per i servizi di ricerca generale *online* all'interno dello Spazio economico europeo, tra cui quello della Repubblica Ceca. In particolare, la multinazionale americana avrebbe illegittimamente avvantaggiato il proprio servizio di comparazione dei prezzi a discapito di quello fornito dai suoi concorrenti, ponendolo in risalto nell'ambito delle ricerche effettuate dagli utenti sul proprio motore di ricerca e, all'opposto, facendo retrocedere nell'elenco dei risultati gli altri ad essa non riconducibili. Per questa ragione, il 26 giugno 2020 Heureka ha presentato al Tribunale municipale di Praga un'azione di risarcimento danni nei confronti di Google per le condotte assunte in contrasto con l'art. 102 TFUE, e, precisamente, per il periodo di riferimento che intercorre tra il febbraio 2013, data di inizio della violazione, e il 27 giugno 2017, data di adozione della decisione della Commissione.

Google si è opposta al ricorso di Heureka evidenziando che il diritto al risarcimento del danno di quest'ultima doveva considerarsi prescritto quantomeno per il periodo compreso tra il mese di febbraio 2013 e il 25 giugno 2016. Invero, secondo quanto sostenuto da quest'ultima, la legge applicabile *ratione temporis* alla fattispecie non era già la direttiva 2014/104, che armonizza le regole sulla prescrizione con riguardo a violazioni del diritto della concorrenza (art. 10) e che è stata recepita nell'ordinamento ceco soltanto con la legge n. 262/2017, del 1° settembre 2017, quanto la previgente disciplina nazionale, ai sensi della quale il termine di prescrizione decorre dal momento in cui il soggetto danneggiato ha preso conoscenza o poteva prendere conoscenza del danno e dell'identità della persona tenuta a risarcirlo (al più tardi, ovvero, dal 27 maggio 2014, data di pubblicazione del comunicato stampa con cui Heureka aveva espresso il suo disappunto rispetto agli impegni presentati da Google alla Commissione).

Dopo aver messo in evidenza che, nel caso di specie, la presunta condotta anticoncorrenziale di Google aveva avuto inizio prima dell'entrata in vigore della direttiva 2014/104 (ossia il 25 dicembre 2014) ed era cessata soltanto dopo la scadenza del termine di recepimento di quest'ultima (ossia il 27 dicembre 2016), il giudice del rinvio ha manifestato taluni dubbi sull'individuazione della regola da applicarsi al caso di specie, anche alla luce delle numerose complicazioni legate al regime temporale delle norme in questione. D'altro canto, la scelta di uno o dell'altro regime normativo non era priva di conseguenze giuridiche rilevanti. Invero, a differenza di quanto

stabilito dalla disciplina ceca pre-direttiva 2014/104, l'art. 10 di quest'ultima ha espressamente introdotto un regime certamente più favorevole per il danneggiato, seguendo il quale il diritto al risarcimento del danno di Heureka non poteva considerarsi affatto prescritto al momento della presentazione del ricorso, poiché, tra l'altro, esso stabilisce che il termine di prescrizione "non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata" (l'azione di danni è stata depositata da Heureka il 26 giugno 2020; la violazione di Google, come constatato dalla Commissione, era ancora *in fieri* al 27 giugno 2017; l'art. 620, par. 1, del codice civile ceco, prevede un termine di prescrizione di tre anni).

Su queste basi, il giudice *a quo* ha deciso perciò di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale, chiedendo nello specifico se: a) le disposizioni in materia di prescrizione previste dall'articolo 10 della direttiva 2014/104 si applicassero all'insieme del danno causato o solo al danno successivo alla data di entrata in vigore della medesima direttiva, oppure ancora solamente al danno verificatosi dopo la scadenza del termine di recepimento di quest'ultima; b) se il medesimo articolo dovesse considerarsi una disposizione sostanziale o procedurale, rilevando la differenza in termini di applicazione retroattiva della norma; c) se una normativa come quella ceca pre-direttiva fosse compatibile con l'art. 10 della direttiva 2014/104, con l'art. 102 TFUE e con il principio di effettività nella misura in cui fa decorrere il termine di prescrizione, per ogni singola frazione di danno, dal momento in cui la persona lesa è venuta a conoscenza del fatto di aver subito tali danni parziali, indipendentemente dalla conoscenza da parte del danneggiato dell'intero danno causato dalla violazione complessa dell'art. 102 TFUE; d) se la stessa normativa, che stabilisce un termine di prescrizione di tre anni, sia legittima alla luce dei parametri appena evidenziati nella misura in cui si applica anche se i) la condotta anticoncorrenziale non è cessata, ii) il danneggiato non ha consapevolezza che la condotta in questione costituisca una violazione delle regole di concorrenza, iii) in assenza di una regola che preveda la sospensione del termine di prescrizione nel caso in cui ci sia un'indagine pendente della Commissione, iv) in assenza di una regola che stabilisca che la sospensione del termine di prescrizione termina non prima di un anno dopo che la decisione sulla violazione è diventata definitiva.

3. In principio, la Corte si è occupata dell'applicabilità della art. 10 della direttiva 2014/104 al caso di specie (punto 43 ss. della sentenza). In questo senso, essa ha subito riconosciuto che la disposizione in questione assume

un carattere sostanziale e che, perciò, non può essere applicata retroattivamente (punto 47); ragion per cui, fino all'introduzione di una normativa dell'Unione in materia – ovvero il 27 dicembre 2016, data di scadenza del termine di recepimento della direttiva 2014/104 – la disciplina delle modalità di esercizio del diritto al risarcimento del danno per violazione della concorrenza spettava unicamente al diritto nazionale di ciascuno Stato membro (v. punto 51).

Nonostante ciò, la Corte non ha escluso tale norma dai parametri rilevanti ai fini della sua decisione, ma ha chiarito che la sua applicabilità dipendeva, in verità, dal fatto che la situazione di cui al procedimento principale risultasse acquisita o meno alla data di scadenza del termine di recepimento della direttiva (punto 49) – poiché, come noto, da questo preciso momento ricade sul giudice nazionale l'obbligo di interpretazione conforme delle leggi interne (v. punto 48, nonché, tra le tante, la sentenza del 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, punto 115).

Più nello specifico, pur riconoscendo la competenza della normativa statale a regolare i termini della prescrizione prima dell'introduzione della direttiva, la Corte ha ugualmente ritenuto che un regime normativo come quello ceco andasse necessariamente disapplicato nella parte in cui il termine di prescrizione inizia a decorrere prima ancora che la violazione sia cessata del tutto e che la parte lesa sia venuta a conoscenza, o si possa ragionevolmente presumere che sia venuta a conoscenza, delle informazioni indispensabili per promuovere un'azione di danni (v. punto 81).

Nel constatare l'illegittimità della norma interna, la Corte non ha ovviamente potuto fondare il proprio convincimento sulla stessa direttiva 2014/104, bensì ha richiamato l'art. 102 TFUE, il principio dell'effetto utile delle norme sulla concorrenza e il principio di effettività. In particolare, il giudice dell'Unione ha evidenziato che l'esercizio delle competenze statali deve avvenire pur sempre nel rispetto dei principi di effettività e di equivalenza (punto 51); che una normativa nazionale che regola l'istituto della prescrizione deve “essere adattata alle specificità del diritto della concorrenza e agli obiettivi dell'attuazione delle norme di tale diritto da parte delle persone interessate, al fine di non vanificare la piena efficacia degli articoli 101 e 102 TFUE” (punto 52); ma soprattutto, ricordando che l'art. 102 TFUE è dotato di efficacia diretta (punto 53), che la piena efficacia e l'effetto utile di quest'ultimo sarebbero messi in discussione “se, a causa della normativa nazionale che fissa la data di decorrenza del termine di prescrizione nonché la durata e le modalità della sua sospensione o interruzione, fosse praticamente impossibile o eccessivamente difficile per un soggetto chiedere il ri-

sarcimento del danno asseritamente causatogli da un comportamento abusivo di un'impresa dominante in grado di restringere o falsare il gioco della concorrenza” (punto 54, con richiamo alla pronuncia del 28 marzo 2019, causa C-637/17, *Cogeco Communications*, punti 39 e 41).

Peraltro, secondo la Corte, una simile incompatibilità emergerebbe già dalla propria giurisprudenza, dalla quale risulterebbe che la proposizione di un'azione di danni sarebbe resa praticamente impossibile o eccessivamente difficile “se i termini di prescrizione applicabili alle azioni per il risarcimento del danno per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza iniziassero a decorrere prima che la violazione sia cessata e che il danneggiato sia venuto a conoscenza, o si possa ragionevolmente presumere che sia venuto a conoscenza, delle informazioni indispensabili per promuovere la sua azione per il risarcimento del danno” (punto 55 della sentenza, con richiamo alla pronuncia del 22 giugno 2022, causa C-267/20, *Volvo e DAF Trucks*, punti 56, 57 e 61, su cui v. N. IMGARTEN, *Temporal Applicability of the Cartel Damages Directive: Case C-267/20 Volvo and DAF Trucks*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2023, p. 95 ss.); e che il momento a partire dal quale si può ragionevolmente presumere che il danneggiato abbia avuto conoscenza di dette informazioni coincida “con la data di pubblicazione della sintesi della singola decisione della Commissione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*” (punto 66 della sentenza *Heureka*; punto 71 della sentenza *Volvo e DAF Trucks*, cit.).

A questo punto, dopo aver rilevato l'inapplicabilità della disciplina interna pre-direttiva e aver posto in evidenza il “nuovo” termine *a quo* per il decorso della prescrizione, alla Corte non è rimasto che verificare se “pre-scindendo dagli elementi di tale regime di prescrizione che sono incompatibili con l'articolo 102 TFUE e con il principio di effettività [...], alla data di scadenza del termine di recepimento della direttiva 2014/104, ossia il 27 dicembre 2016, il termine di prescrizione fissato dal diritto nazionale, applicabile alla situazione di cui al procedimento principale fino a tale data, fosse scaduto” (punto 82).

In proposito, la Corte non ha potuto che rilevare come, alla data in questione, tale termine non soltanto non era scaduto, ma non aveva neppure iniziato a decorrere (punto 87): la violazione attribuita a Google non risultava ancora cessata alla data di adozione della decisione della Commissione (27 giugno 2017) e i danneggiati avevano acquisito piena e completa consapevolezza delle condotte descritte soltanto con la sua pubblicazione, ovvero il 12 gennaio 2018 (punti 83-86). Per questa ragione, essa ha ritenuto che la situazione di fatto oggetto del procedimento principale non risultasse acquisita

prima della scadenza del termine di recepimento della direttiva 2014/104 e, di conseguenza, ha considerato l'art. 10 applicabile *ratione temporis* al caso di specie (punto 88).

Spostando in avanti quindi il *dies a quo*, la Corte non si è limitata a verificare la compatibilità del regime prescizionale ceco con l'art. 102 TFUE e i principi dell'effetto utile e dell'effettività, ma ha potuto altresì valutare quest'ultimo, per tutti i profili residuali, alla luce delle nuove regole stabilite nella direttiva 2014/104. In particolare, essa ha constatato che l'art. 10 osta a una tale normativa "anche nei limiti in cui essa non prevede che il termine di prescrizione sia sospeso, quantomeno, fino a un anno dopo la data in cui la decisione che constata siffatta violazione è divenuta definitiva" (punto 94).

4. La sentenza in oggetto apre a numerosi spunti di riflessione. Certamente, con riguardo anzitutto alla prescrizione dell'azione di danni per violazione delle norme sulla concorrenza, la Corte ha il merito di precisare in tale pronuncia i confini dell'esercizio di tale diritto da parte del danneggiato; esercizio che, in altre e diverse occasioni passate, aveva sollevato non pochi problemi, tanto ai singoli, quanto ai giudici nazionali (per considerazioni analoghe, ad es., con riguardo all'annosa questione del c.d. contenzioso specializzandi, v. F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, II ed., Milano, 2012, p. 161 ss.).

Per dirne una, il giudice dell'Unione ha confermato l'irrilevanza della definitività della decisione che accerta la violazione ai fini della promozione dell'azione risarcitoria, rimarcando la possibilità, da parte del danneggiato, di avvalersi delle constatazioni contenute in una tale decisione per corroborare le proprie pretese (dello stesso avviso era stato l'avv. gen. Kokott nelle sue conclusioni alla causa, del 21 settembre 2023, spec. parr. 54 e 62; per le differenze con la pronuncia resa nel caso *Sumal*, v. punto 75 e seguenti della sentenza *Heureka*).

Come noto, Google ha impugnato la decisione della Commissione dinanzi al Tribunale, che ne ha confermato la legittimità (sentenza del 10 novembre 2021, causa T-612/17, *Google e Alphabet c. Commissione* (Google Shopping); e ha poi appellato tale sentenza dinanzi alla Corte (il ricorso è attualmente pendente; v. *supra*, par. 2). Nondimeno, il giudice di Lussemburgo ha correttamente richiamato in questa ipotesi il proprio consolidato orientamento generale sull'efficacia degli atti delle istituzioni dell'Unione, secondo cui questi si presumono legittimi fino al loro annullamento o alla loro revoca (tra le tante, v. le sentenze del 7 giugno 1988, causa 63/87, *Commissione c. Grecia*, punto 10; del 21 settembre 1989, cause riunite 46/87

e 227/88, *Hoechst c. Commissione*, punto 64; e del 5 ottobre 2004, causa C-475/01, *Commissione c. Grecia*, punto 18). Ma sarebbe bastato altresì rammentare che l'azione risarcitoria costituisce un "rimedio autonomo", del tutto distinto dagli altri rimedi giurisdizionali "sia quanto alla funzione che quanto alle condizioni di esercizio", e la cui riuscita non può, dunque, essere influenzata da qualsivoglia questione legata alla pendenza di diversi ed ulteriori ricorsi (sentenza della Corte del 2 dicembre 1971, causa 5/71, *Zuckerfabrik Schoeppenstedt*, punto 3; sentenza del Tribunale del 7 luglio 2021, causa T-455/17, *Bateni c. Consiglio*, punto 83; sentenza della Corte del 6 maggio 2021, causa C-499/18 P, *Bayer CropScience e Bayer c. Commissione*, punto 40; in dottrina, G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, vol. I, IV ed., Napoli, 2023, p. 403).

Eppure, tenuto conto del fatto che l'oramai intervenuta adozione della direttiva 2014/104 non riproporrà più necessariamente simili problemi in futuro, è con riguardo al rapporto tra diritto della concorrenza e autonomia processuale degli Stati membri che la sentenza *Heureka* stimola le considerazioni più interessanti.

In primo luogo, occorre rilevare – non senza stupore – che la Corte abbia considerato le norme sulla prescrizione contenute nella direttiva 2014/104 di carattere sostanziale. A qualche anno di distanza dalla saga *Taricco*, in cui la Corte costituzionale era giunta a minacciare l'applicazione dei controlli pur di tutelare la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione e, con esso, il principio dell'irretroattività della norma penale, non può di certo passare inosservato che il giudice dell'Unione abbia finito, seppur in un settore diverso dalla materia penale, per sposare la linea interpretativa portata avanti dal nostro giudice delle leggi e condivisa solamente da pochi ordinamenti nazionali all'interno dell'Unione (su tale vicenda, v., per un sunto, il commento di C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco e il dialogo (?) tra giudici nazionali e Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2018, p. 153 ss. e la corposa dottrina ivi citata).

In secondo luogo, si osservi che, sebbene la normativa ceca in materia di prescrizione prima dell'entrata in vigore della direttiva sollevasse più di qualche perplessità con riguardo al rispetto della tutela giurisdizionale effettiva del singolo leso da violazioni della concorrenza, la soluzione adottata dalla Corte finisce per incidere pesantemente sull'autonomia processuale degli Stati membri e, per certi versi, mette a dura prova il principio della certezza del diritto (in dottrina, *mutatis mutandis*, v. A. CIRCOLO, *La certezza del diritto cede il passo all'effettività della tutela giurisdizionale. Note a margine della sentenza London SteamShip*, in AA.VV., *Quaderno AISDUE*, n. 3, serie

speciale, Atti del Convegno “Ambiente, digitale, economia: l’Unione europea verso il 2030”, Bari – 3/4 novembre 2022, Napoli, 2023, spec. p. 302 ss.).

Da una parte, infatti, è vero che la circostanza per cui il diritto ceco non prevedeva, ad esempio, la possibilità di sospendere o interrompere il termine di prescrizione durante la pendenza del procedimento dinanzi la Commissione poteva far sì che il termine di prescrizione scadesse addirittura prima dell’adozione della decisione della Commissione, pregiudicando così le *follow-on damages actions* (v. A. GOLDSMITH, *Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions*, in *ASA Bulletin*, n. 34, 2016, p. 10 ss.).

Dall’altra parte, è altrettanto vero che la Corte sembra aver fornito un’interpretazione piuttosto estensiva dell’art. 102 TFUE, corroborata dai principi dell’effetto utile e dell’effettività del diritto dell’Unione, per “anticipare” gli effetti della direttiva 2014/104 senza applicare direttamente le norme al suo interno in via retroattiva. Non a caso, gli obblighi discendenti dall’art. 102 TFUE dichiarati in sentenza – e riconducibili esclusivamente alla propria giurisprudenza – sono serviti al giudice dell’Unione non soltanto a dichiarare illegittimo il regime prescizionale ceco nella parte in cui faceva decorrere il termine di prescrizione secondo modalità indiscutibilmente svantaggiose per il danneggiato, ma anche a fare “da ponte” rispetto all’applicazione della direttiva per i profili sino a quel momento non coperti dal diritto dell’Unione (ad es., sulle ipotesi di sospensione della prescrizione).

Non può mancarsi di sottolineare come una lettura simile appaia non soltanto sostanzialmente incoerente con quanto affermato dalla Corte in principio con riferimento all’inapplicabilità retroattiva dell’art. 10 della direttiva, ma vada ad intervenire pure a gamba tesa su un settore di competenza degli Stati membri quale l’organizzazione della giustizia, creando, al contempo, seri problemi rispetto alla tenuta del legittimo affidamento dei singoli. Dopo la sentenza *Heureka*, invero, Google si troverà a rispondere per taluni comportamenti che, per quanto caratterizzati da forte disvalore, risultano rilevanti per certi versi soltanto alla luce di una normativa adottata anni dopo il loro verificarsi.

Abstract (ita)

La sentenza della Corte di giustizia nel caso *Heureka Group* (*Compareurs de prix en ligne*) merita particolare attenzione per due ordini di ragioni: da una parte, per le importanti indicazioni che la Corte offre in tema di prescrizione delle azioni per il risarcimento del danno derivante da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione; dall'altra, perché la pronuncia si innesta nella consolidata giurisprudenza della Corte sui limiti all'autonomia processuale degli Stati membri, non senza tuttavia taluni profili critici. La presente nota intende ricostruire la vicenda alla base della controversia e, dopo aver analizzato i passaggi salienti della pronuncia della Corte, formulare talune considerazioni con riguardo all'attività interpretativa svolta da quest'ultima, che, in più punti, è apparsa se non altro "creativa".

Abstract (eng)

The judgment of the Court of Justice in the *Heureka Group* case (*Compareurs de prix en ligne*) deserves particular attention for two main reasons: on the one hand, because of the significant indications that the Court offers on the prescription of actions for damages resulting from violations of EU competition law; on the other hand, because the ruling is grafted onto the Court's well-established case-law on the limits to the procedural autonomy of the Member States, not without, however, certain critical aspects. The purpose of this paper is to trace the events underlying the dispute and, after analyzing the key passages of the Court's decision, to provide certain considerations with regard to the interpretation carried out by the Court, which, at several points, appeared, if nothing else, "creative".

ANNUNCIO RITARDO: LA PROPOSTA DI LEGGE SPAZIALE EUROPEA FRA SUPPOSIZIONI E BISOGNI

Maria Elena De Maestri (Ricercatrice di Diritto internazionale, Università degli Studi di Genova) – 11 giugno 2024

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La competenza dell’Unione in materia di spazio e attività spaziali. – 3. Gli sviluppi più recenti: lo spazio nelle iniziative della Commissione Von der Leyen. – 4. L’ipotizzata proposta di legge spaziale europea tra necessità di superare le aporie esistenti e i limiti di tipo ordinamentale. – 5. Possibili contenuti della proposta e osservazioni conclusive.

1. Era attesa per il mese di aprile 2024 la proposta della Commissione su una “legge spaziale europea”, ma poche settimane fa il Commissario per il mercato interno Breton ne ha annunciato lo slittamento a dopo le elezioni europee di giugno, in ragione del fatto che il processo di elaborazione di tale atto non risulterebbe sufficientemente maturo. Le motivazioni alla base di questo rinvio non sono state rese note, né tanto meno si ha notizia del contenuto preciso dell’atto; tuttavia, una breve disamina dell’attuale quadro normativo di riferimento, del riparto di competenze Unione Stati-membri e dei documenti di lavoro delle istituzioni e degli *stakeholders* nazionali, può consentirci di formulare taluni preliminari rilievi critici in merito all’iniziativa prospettata (e allo stato sospesa) in ambito UE.

Innanzitutto, una premessa terminologica, che è essenziale per noi giuristi, tanto più quando guardiamo a un ordinamento a competenze attribuite come quello dell’Unione: segnatamente, con la locuzione “diritto dello spazio” si è soliti riferirsi ad un vasto e complesso apparato normativo, in cui i sistemi nazionali e sovra-nazionali si integrano reciprocamente al fine di disciplinare una molteplicità di attività. Esse appaiono molto diverse fra loro e invero eterogenee, ma hanno in comune i) la loro esplicazione in un luogo in cui nessuno Stato esercita poteri sovrani, ii) il loro elevato costo, iii) l’alto rischio di fallimento e iv) il forte sviluppo tecnologico che influisce sulle potenzialità di sviluppo di nuove attività.

Negli anni Cinquanta, quando gli Stati firmatari dei Trattati istitutivi delle Comunità europee manifestavano la necessità di regolamentare in maniera congiunta alcuni settori di primario interesse per la politica e l’economia dei loro Paesi, lo spazio extra-atmosferico era ancora territorio inesplorato nelle sue risorse e potenzialità: si consideri che il lancio del primo satellite artificiale terrestre, lo SPUTNIK, risale al 1957; all’epoca, gli Stati

membri erano preoccupati di creare un mercato di libero scambio, e non immaginavano che lo spazio sarebbe divenuto, già pochi anni più tardi, un *atout* strategico per l'azione della Comunità, prima, e dell'Unione, poi. Del pari, seppur le missioni spaziali fossero già allora in programmazione e gli Stati investissero ingenti somme per finanziare tali progetti, la finalità cui esse erano volte esulavano completamente dagli obiettivi della Comunità economica (non si poteva prevedere, peraltro, che le imprese private avrebbero affiancato gli enti pubblici nello sfruttamento dello spazio, né che le c.d. *space based applications* sarebbero divenute tanto numerose, e di tale portata, da condizionare la vita quotidiana dei cittadini europei).

La dimensione internazionale delle attività spaziali, però, non era sfuggita alle Nazioni Unite che, a partire dalla fine degli anni Sessanta, si sono fatte promotrici di un pacchetto di cinque convenzioni internazionali, volte a regolamentare l'accesso, l'esplorazione e l'uso dello spazio da parte degli Stati:

A prescindere dal dettaglio specifico relativo ai singoli trattati, le loro norme (in larga parte riconosciute anche come diritto consuetudinario) affermano come presupposto essenziale per l'accesso allo spazio il suo utilizzo pacifico da parte degli Stati; questi ultimi possono esplorarlo liberamente e in condizione di parità, senza appropriarsi di porzioni di esso e sempre nel rispetto delle norme di diritto internazionale in vigore (cd. integrazione sistemica). Dalla lettera dei Trattati si evince che, sebbene sia espressamente contemplata la possibilità che le attività spaziali vengano poste in essere da soggetti diversi dagli Stati (i.e. enti governativi, organizzazioni intergovernative o soggetti privati), gli unici responsabili delle attività svolte restano gli Stati (v., in particolare, l'art. VI dell'Outer Space Treaty – OST). I quali, e com'è noto, inizialmente svolsero in tale ambito esclusivamente attività di esplorazione e ricerca scientifica, salvo ben presto accorgersi delle potenzialità commerciali delle applicazioni spaziali, prima, e delle risorse spaziali, oggi (sul punto si vedano P. KAHN (sous la direction de), *L'exploitation commerciale de l'espace. Droit positif, droit perspectif*, Paris, 1992; L. RAVILLON, S. MANCIAUX, A. MARTIN, *Droit des activités spatiales. Adaptation aux phénomènes de commercialisation et de privatization*, Paris, 2004; L. RAVILLON (sous la direction de), *Le droit des activités spatiales à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, 2005).

Dal punto di vista del loro contenuto, giova anche sottolineare che, in generale, la formulazione delle norme dei Trattati sullo spazio si presta a un adattamento diversificato – e quindi disomogeneo – nei singoli ordinamenti nazionali: l'attuazione del diritto pattizio necessita dell'intervento degli Stati

affinché predispongano i meccanismi richiesti dal diritto internazionale (tipicamente la registrazione degli oggetti spaziali), ma anche al fine di applicare dette norme ad attività non ancora esistenti, né prevedibili, al momento dell'elaborazione del corpus normativo internazionale. Inoltre, in ragione della tecnica di redazione utilizzata, l'interpretazione unilaterale delle disposizioni pattizie attraverso gli atti di adattamento nazionale può dar vita a regole opposte negli ordinamenti nazionali, nel senso di consentire o limitare talune attività emergenti: ad esempio, notevole appare il caso dell'estrazione delle risorse lunari, che per i Paesi sottoscrittori degli *Artemis Accords* è perfettamente compatibile con il principio di non appropriazione, poiché attua il principi di libero sfruttamento dello spazio, mentre per altri esso viene giudicato il netto contrasto con il medesimo principio.

2. Il concreto interesse da parte delle istituzioni europee per le attività spaziali emerge negli anni Ottanta del secolo scorso, e prosegue nel decennio successivo con i primi progetti spaziali europei dedicati all'osservazione della terra e alla navigazione satellitare per scopi civili negli anni Novanta (i.e. EGNOS e GMES-*Copernicus*, v. risoluzione del Parlamento europeo, del 25 aprile 1979, Partecipazione comunitaria alla ricerca spaziale del 21.5.1979, C 127, p. 42; risoluzione del Parlamento europeo, del 17 settembre 1981, Politica spaziale dell'Europa del 12.10.1981, C 260, p. 102); deve però attendersi il Trattato di Lisbona per vedere attribuita all'Unione una specifica competenza in materia di spazio. Ciò è chiaramente dovuto all'evoluzione delle attività spaziali, che acquistano un chiaro valore economico oltre che scientifico, e al conseguente interesse "continentale" al definitivo inserimento dello spazio fra le politiche perseguite dall'Unione.

Lo spazio mantiene le caratteristiche che lo qualificano come ambito di intervento trasversale, capace di interessare molteplici settori di attività, fra cui trasporti, sviluppo industriale, difesa e ricerca scientifica; tuttavia, esso acquista anche una propria autonomia nel momento in cui riceve espressa menzione nell'ambito dell'art. 189 TFUE.

Senza mettere in dubbio la portata innovativa della disposizione, non si possono tacere alcuni rilievi critici in ordine, quantomeno, alla natura delle competenze europee in materia spaziale (L. S. ROSSI, *Commento all'art. 4 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 167 ss.; J. WOUTERS, *Space in the Treaty of Lisbon*, in *Yearbook on Space Policy*, European Space Policy Institute, Vienna, 2009, p. 121).

In particolare, in base all'art. 4, par. 3, TFUE, il settore spaziale rientra

fra le materie che apparentemente sono di competenza concorrente, ma in realtà l'azione europea in tale settore è espressamente limitata alla conduzione di azioni mirate alla definizione e all'attuazione di programmi spaziali e l'esercizio di tale competenza non può avere l'effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la propria. Trattasi quindi di una competenza sui generis, parallela rispetto a quella statale; ma non solo: a caratterizzare la competenza spaziale europea in maniera atipica rispetto alle altre competenze concorrenti contribuisce l'art. 189 TFUE, che individua, in prima battuta, i mezzi di cui l'Unione può avvalersi per perseguire gli obiettivi di cui al primo capoverso (i.e. promuovere iniziative comuni, sostenere la ricerca e lo sviluppo tecnologico e coordinare gli sforzi necessari per l'esplorazione e l'utilizzo dello spazio), per precisare, al terzo comma, che le misure adottate per il raggiungimento dei menzionati fini non possono, in ogni caso, comportare l'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri da parte delle istituzioni, finendo dunque per assomigliare alle competenze di cui all'art. 6 TFUE.

Detto questo, parrebbe difficile pensare che tale disposizione inibisca l'esercizio di competenze dell'Unione secondo i meccanismi delle competenze concorrenti quando una particolare attività spaziale si inserisca in un settore contemplato da altre norme dei Trattati, quale ad esempio il settore dei trasporti, delle reti transeuropee, o, più in generale, interferisca con la realizzazione del mercato interno. Ma è chiaro che maggiore chiarezza a livello di diritto primario parrebbe auspicabile, come del resto si evince dalla risoluzione del Parlamento europeo, del 22 novembre 2023, sulle modifiche dei Trattati, in cui si propone, in parte qua, di eliminare l'ultima parte del secondo comma dell'art. 189 TFUE, prevedendo che nell'ambito dell'elaborazione di politica e strategia spaziali europee "Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie, che possono assumere la forma di un programma spaziale europeo, adoperandosi a favore di un quadro comune per le attività spaziali e ratificando i trattati internazionali esistenti" (risoluzione del Parlamento europeo, del 22 novembre 2023, sui progetti del Parlamento europeo intesi a modificare i trattati (2022/2051(INL)).

3. Nel programma quinquennale della Commissione Von der Leyen, sembra emergere consapevolezza circa la crescente rilevanza del settore spaziale in relazione al perseguimento delle politiche europee, e in tal senso la necessità di superare la base giuridica riconducibile all'art. 189 TFUE. Da un lato, infatti, si richiama l'importanza dell'industria spaziale per l'attuazio-

ne dei programmi di osservazione della Terra, che garantiscono l'acquisizione di dati e la creazione di prodotti e servizi devoluti, in via prioritaria ma non esclusiva, alla tutela dell'ambiente, dall'altro, se ne ricorda la rilevanza fondamentale per la difesa e la sicurezza del territorio europeo.

In questa duplice direzione si è dunque indirizzata l'azione dell'Unione negli ultimi anni, mantenendo il metodo di intervento che valorizza la trasversalità del settore e promuovendo una regolamentazione incardinata sui settori di competenza più solida previsti dai Trattati. Senza arrivare a usare la base giuridica di cui all'art. 114 TFUE (mercato interno), e ad onta di dichiarazioni politiche reiteratamente volte a sottolineare il rapporto funzionale fra regolamentazione delle attività spaziali e realizzazione del mercato interno (v., *ex multis*, le comunicazioni della Commissione: *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, COM (2020) 102final; *Una strategia per le PMI per un'Europa sostenibile e digitale*, COM (2020) 103final; *Piano d'azione sulle sinergie tra l'industria civile, della difesa e dello spazio*, COM (2021) 70final; *Una strategia dell'UE in materia di normazione*, COM (2022) 31final; *Competitività a lungo termine dell'UE: prospettive oltre il 2030*, COM (2023) 168final; *Verso un'Europa più resiliente, competitiva e sostenibile*, COM (2023) 558final), si è preferito seguire la via dell'inclusione dei servizi e prodotti di derivazione spaziale nell'ambito della più ampia regolamentazione fondata sulle competenze in materia di circolazione di dati, di servizi, di beni e, in misura ridotta, di politica di sicurezza. Così, consapevoli degli ostacoli posti dal tenore del diritto primario, si è adottato un approccio "operativo", collegato all'attuazione dei programmi spaziali funzionali agli obiettivi propri delle politiche nei cui confronti si ponevano in termini di funzionalità.

I dati di osservazione della terra provenienti dal Programma europeo *Copernicus* vengono dunque menzionati nei numerosi atti di diritto derivato in materia ambientale, quale fonte necessaria per garantire l'attuazione delle politiche europee: ad esempio, le immagini del sistema europeo di telerilevamento costituiscono il parametro assunto normativamente per le misurazioni delle emissioni in atmosfera richieste alla Commissione dalla legge europea sul clima (art. 8, regolamento (UE) 2021/1119); lo stesso vale nell'ambito del regolamento relativo alla commercializzazione di materie prime e prodotti associati alla deforestazione, che impone agli operatori europei di condividere informazioni fornite dai sistemi spaziali europei (*Copernicus* e *Galileo*), ai fini di verificare il rispetto degli obblighi di due diligence per l'immissione sul mercato dei prodotti di cui trattasi (regolamento (UE) 2023/1115); analogamente, anche il regolamento sulla gestione e sul monitoraggio della politica agricola comune prevede una procedura sistematica

di osservazione delle pratiche agricole fondata sui dati satellitari di matrice europea. Ma la gestione europea integrata dei dati satellitari prodotti dalle piattaforme UE serve anche per il controllo delle frontiere esterne dell'Unione per il perseguimento degli obiettivi di sicurezza e difesa (regolamento (UE) 2019/1896).

Accanto a queste comunque sintomatiche fattispecie, nei più recenti atti normativi relativi ai settori impattati da tecnologie di derivazione spaziale viene espressamente richiesto agli Stati membri di garantire l'interoperabilità con i sistemi spaziali europei. Ciò vale, tra gli altri, per il regolamento che istituisce il meccanismo per collegare l'Europa (MCE) (regolamento (UE) 2021/1153), al fine di costruire, sviluppare, modernizzare e completare le reti transeuropee nei settori dei trasporti, dell'energia e digitale, nonché di agevolare la cooperazione transfrontaliera nel settore dell'energia rinnovabile, in cui si prevede che le sovvenzioni europee siano aggiudicate tenendo in considerazione, fra gli altri elementi, la compatibilità delle proposte con i sistemi spaziali di matrice europea.

I sistemi europei di rilevamento dati dallo spazio assumono, infine, rilievo cruciale nel campo della sicurezza e difesa: invero, fin dal 2007 l'Unione aveva tentato di proporre un quadro giuridico internazionale idoneo a precisare il contenuto del principio generale di utilizzo pacifico dello spazio extra-atmosferico (cfr. draft Code of Conduct for outer space activities, as approved by the Council, on 8-9 December 2008; per un commento, si vedano J. M. BEARD, *Soft Law's failure on the horizon: The international code of conduct for outer space activities*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2017, p. 335; J. SU, Z. LIXIN, *The European union draft Code of Conduct for outer space activities: an appraisal*, in *Space policy*, 2014, p. 1; J. ROHRER, *Deciphering and defending the European Union's non-binding code of conduct for outer space activities*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2012, p. 18; S. MARCHISIO, *Security in Space: Issues at Stake*, in *Space Policy*, 2015, p. 67). Tuttavia, e anche alla luce del mutato scenario internazionale, il 10 marzo 2023 l'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza e la Commissione hanno presentato una comunicazione congiunta sulla "Strategia spaziale per la sicurezza e la difesa" con il duplice intento di i) migliorare la resilienza delle infrastrutture spaziali e delle capacità spaziali dell'Unione a sostegno della sicurezza e della difesa del territorio europeo, e ii) promuovere partenariati per un comportamento responsabile nello spazio extra-atmosferico, garantendo la sicurezza delle attività promosse dagli Stati europei nello spazio. La strategia promossa si prefigge dunque di implementare iniziative volte a garantire sia la sicurezza

nello spazio (*security in space*) che la sicurezza degli Stati europei attraverso le applicazioni spaziali (*security from space*) (*Strategia spaziale dell'Unione europea per la sicurezza e la difesa*, JOIN (2023) 9final; A. KOLOVOS, *Unravelling the EU's Space Policy and Strategy: Impacts on Security and Defence Evolution*, in *ISPL Papers*, 2024; C. CELLERINO, *EU Space Policy and Strategic Autonomy: Tackling Legal Complexities in the Enhancement of the 'Security and Defence Dimension of the Union in Space'*, in *europeanpapers.eu*, 2023, p. 487).

4. Forse proprio a causa della necessità di sistematizzare in qualche modo il quadro un po' frammentario descritto sopra, e meglio coordinare i temi spaziali e quelli soprattutto relativi al mercato interno e all'ambiente, nell'ambito del programma di lavoro per il 2024, la Presidente della Commissione ha annunciato l'adozione di una proposta di legge spaziale europea, che avrebbe dovuto vedere la luce nel primo trimestre del 2024 (Commissione, *Programma di lavoro della Commissione 2024 Trasformare il presente e prepararsi al futuro*, COM (2023) 638final).

A tale dichiarazione faceva seguito il comunicato del gennaio 2024 a cura del Commissario per il mercato interno, che confermava l'imminente pubblicazione della proposta, fondata sulle competenze attribuite dagli articoli 114 TFUE e 191 TFUE e incentrata su quattro pilastri: *safety*, *security*, resilienza e sostenibilità delle attività spaziali europee (cfr. il discorso di apertura del Commissario Thierry Breton alla 16^a edizione della Conferenza spaziale europea, del 23-24 gennaio 2024, Bruxelles). A quanto risulta, tali priorità vengono individuate sulla base dell'esperienza compiuta sui programmi spaziali europei, e sulla volontà di assumere la leadership a livello mondiale in un settore in grande espansione economica e industriale. L'obiettivo dichiarato dell'intervento normativo è quello di realizzare un mercato unico europeo delle attività spaziali, attraverso l'applicazione di regole comuni che stabiliscano standard minimi relativi ai settori richiamati ed applicabili a tutti gli operatori spaziali che svolgono attività sul territorio dell'Unione, a prescindere dalla loro cittadinanza europea (*ibidem*).

Alla base dell'iniziativa risiedono considerazioni di varia natura: dal punto di vista economico, il crescente impiego delle tecnologie spaziali per scopi commerciali e l'incremento delle imprese europee che operano in questo settore con proposte competitive rispetto agli Stati c.d. *spacefarer* extra-UE, per quanto concerne i profili di sicurezza e difesa, l'esigenza di proteggere le infrastrutture spaziali e garantirne la resilienza.

Forse ancora più rilevanti appaiono tuttavia le ragioni sotto il profilo

giuridico: segnatamente, oggi esistono 11 leggi spaziali nazionali in Europa, che attuano gli impegni internazionali previsti dai Trattati delle Nazioni Unite, e ne specificano l'interpretazione e la portata alla luce delle nuove attività spaziali. Queste normative non appaiono tuttavia coordinate, né dal punto di vista della delimitazione dell'ambito applicativo (sia oggettivo che soggettivo) né con riferimento alla disciplina del regime di autorizzazione richiesto dagli obblighi internazionali vigenti.

In particolare, sotto il primo profilo, la quasi totalità delle leggi spaziali nazionali europee (ad eccezione di quella del Belgio e dell'Olanda) trovano applicazione sulla base di due criteri alternativi: i) l'attività spaziale regolamentata parte dal territorio di quello Stato oppure ii) il soggetto che svolge l'attività ha la nazionalità di detto Stato. In ragione del fatto che l'infrastruttura spaziale, così come i servizi che da questa dipendono e i dati che ne derivano, hanno un evidente interesse strategico per lo Stato, risulta fondamentale per gli ordinamenti nazionali mantenere il controllo su tutte attività spaziali che hanno un qualsivoglia collegamento con il territorio nazionale, introducendo dunque un regime autorizzativo con portata potenzialmente extra-territoriale. Al di là delle difficoltà applicative ed esecutive di un tale regime, è evidente che, dall'angolo visuale del diritto UE, quanto sopra, specialmente in relazione al regime delle autorizzazioni, rischia di pregiudicare o limitare l'esercizio delle libertà fondamentali delle imprese stabilite nell'Unione, quando ad esempio si richieda loro di ottenere una doppia autorizzazione sulla base di requisiti differenti previsti dallo Stato di costituzione e dallo Stato di lancio; oppure, rischia di mettere in concorrenza fra loro gli ordinamenti nazionali degli Stati membri al fine di individuare il regime più favorevole ai fini dello stabilimento dell'impresa che intende effettuare il lancio. Basti pensare, al riguardo, alle differenze esistenti nelle disposizioni nazionali relative al regime assicurativo obbligatorio per le attività spaziali ovvero alla necessità di rispettare standard di sicurezza differenti per gli oggetti spaziali. A nulla varrebbe in questa sede richiamare i limiti alla competenza dell'Unione in materia di spazio (*ex art. 4 e art. 189 TFUE*), dal momento che i diritti dei cittadini europei associati alle libertà fondamentali trovano applicazione, con i limiti di stampo soggettivo e oggettivo previsti dai Trattati o dal diritto derivato, con riferimento a tutti i servizi economicamente rilevanti prestati sul territorio europeo a prescindere dal fatto che la materia inerente al servizio prestato sia oggetto di limitazione della competenza (sull'applicazione delle norme dei Trattati inerenti alla libera circolazione dei servizi e al diritto di stabilimento, v. le sentenze della Corte dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation* e del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*).

Un diverso rilievo assume invece la portata della competenza in materia di spazio qualora si debba valutare la legittimità di un atto di diritto derivato adottato in un settore che espressamente risente dei limiti imposti dagli Stati membri attraverso i Trattati: la Corte di giustizia, infatti, ha chiarito che l'utilizzo di norme generali, quali quelle inerenti alla realizzazione del mercato interno, per perseguire obiettivi di politica materiale in settori a competenza limitata, seppur ammissibile qualora ben fondata da argomentazioni che giustificano la scelta di basi giuridiche alternative, non può valere ad aggirare i limiti imposti da altre norme dei Trattati. In particolare, la Corte ha precisato, da un lato, che anche qualora un articolo del Trattato escluda qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in un determinato settore (salute umana *ex art.* 168, par. 5, TFUE, ma anche spazio), tale disposizione non pregiudica gli effetti generati nel medesimo ambito da norme adottate dalle istituzioni sulla base di altre disposizioni del Trattato (i.e. mercato interno), evidenziando però, dall'altro lato, che la misura adottata deve avere effettivamente per oggetto il miglioramento delle condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno, circostanza che, attraverso un'interpretazione estensiva, può portare all'adozione di misure volte a prevenire l'insorgere di futuri ostacoli agli scambi qualora sia probabile che l'evoluzione delle legislazioni nazionali in un senso unilaterale generi tali limiti al mercato unico, ma non può consistere in un aggiramento del principio di attribuzione delle competenze. In altri termini, la semplice constatazione di disparità tra le normative nazionali e del rischio di ostacoli alle libertà fondamentali o di distorsioni della concorrenza che ne potrebbero derivare non appare sufficiente a giustificare la scelta dell'articolo 114 TFUE come fondamento giuridico, ma si richiede un'argomentazione dettagliata circa i limiti che da tali disparità derivano alla circolazione di beni, servizi, persone e capitali (cfr. sentenza della Corte del 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio*).

Esistono, quindi, profili delicati su cui soffermarsi: da un lato, una discriminazione causata dalle leggi nazionali in ragione delle differenze dei regimi di autorizzazione delle attività spaziali potrebbe costituire violazione del diritto dell'Unione europea; dall'altro lato, tuttavia, da ciò non necessariamente l'esistenza certa di una competenza UE ad adottare una legislazione spaziale ad ampio spettro (quale, negli annunci, la proposta europea), qualora la base giuridica del mercato interno (o dell'ambiente) non fosse giustificabile in ragione del contenuto specifico dell'atto. Dunque, le motivazioni a sostegno della legittimità di una proposta di atto derivato dovranno essere particolarmente stringenti in punto di base giuridica: ad esempio,

qualora essa insistesse sull'articolo 114 TFUE, sarà necessaria un'analisi dei rischi derivanti dalle difformità dei regimi nazionali e una giustificazione in punto di proporzionalità dell'intervento di armonizzazione.

In ogni caso, allo stato attuale delle competenze dell'Unione sembrerebbe da escludere l'ipotesi di una regolamentazione uniforme dei regimi di autorizzazione dei lanci: tali elementi sono riconducibili all'attività normativa in materia di spazio, come risulta dagli obblighi internazionali posti dai Trattati delle Nazioni Unite. È dunque ragionevole sostenere che un possibile intervento europeo dovrebbe piuttosto armonizzare i regimi nazionali di autorizzazione, attraverso l'introduzione di standard minimi di sostenibilità e sicurezza, che si aggiungereanno (o si sostituiranno) a quelli nazionali attualmente vigenti per la concessione dell'autorizzazione al lancio.

5. In mancanza di un testo, sulla base delle informazioni rintracciabili nei diversi documenti emessi dalle istituzioni negli ultimi mesi, la Commissione parrebbe orientata a presentare un doppio articolato: uno relativo a un atto vincolante per tutte le imprese che operano sul territorio dell'Unione, idoneo dunque ad introdurre standard minimi di tutela degli interessi europei nel settore spaziale; l'altro costituito da un pacchetto di misure non vincolanti, volte ad incentivare l'attuazione della politica spaziale europea (cfr. le comunicazioni della Commissione, *Pacchetto di aiuti per le PMI*, COM (2023) 535final; *Piano d'azione sulle sinergie tra l'industria civile, della difesa e dello spazio*, COM (2021) 70final; COM (2023) 638final, cit., e la comunicazione congiunta Commissione-AR PESC, *Un approccio dell'UE alla gestione del traffico spaziale*, JOIN (2022) 4final; le conclusioni del Consiglio, del 23 maggio 2023, *Uso equo e sostenibile dello spazio*; del 10 giugno 2022, *Un approccio dell'UE alla gestione del traffico spaziale*; del 13 novembre 2023, *Strategia spaziale dell'UE per la sicurezza e la difesa*).

L'atto vincolante dovrebbe assumere portata uniformatrice, e dovrebbe quindi verosimilmente essere un regolamento. In particolare, in esso dovrebbero essere contenute le previsioni relative all'obbligo di registrazione degli oggetti spaziali (in conformità agli obblighi internazionali non ancora attuati in tutti gli Stati membri) al fine di monitorare le attività riconducibili al territorio europeo e quelle attributive delle relative responsabilità in applicazione del regolamento stesso. Inoltre, in ottemperanza ai recenti impegni europei di garanzia di resilienza e resistenza delle infrastrutture critiche alle aggressioni esterne, l'atto normativo dovrebbe contenere norme uniformi elaborate sulla falsariga delle previsioni della direttiva (UE) 2022/2555 (c.d. direttiva NIS2), il cui recepimento da parte degli Stati membri è previsto en-

tro il mese di ottobre 2024. Infine, in punto sostenibilità e in attuazione delle politiche ambientali europee, potrebbe anche aggiungersi una metodologia di valutazione di impatto ambientale delle attività spaziali, verosimilmente basata su metodi cd. PEF (*Product Environmental Footprint*), nonché la previsione di misure tecniche e operative uniformi per progettare oggetti spaziali sostenibili e prevenire forme di inquinamento.

Lo strumento normativo vincolante dovrebbe poi essere supportato da incentivi economici per le industrie europee (specialmente le piccole e medie imprese che negli ultimi anni si affacciano nel settore con progetti innovativi) che intendono condurre attività di ricerca e innovazione nel perseguire gli obiettivi europei ovvero conformarsi a standard più alti di sostenibilità, nell'ottica di affermare la leadership europea nell'affermazione di standard di sostenibilità più elevati rispetto alle richieste degli altri Stati *spacefarer*.

Dal lato delle imprese, sono stati manifestati dubbi in merito agli effetti distorsivi della concorrenza globale che un innalzamento degli standard di produzione e lancio di oggetti spaziali potrebbero provocare. Se è vero che gli obiettivi individuati dalla Commissione, e cioè garantire un mercato delle attività spaziali sostenibili sicure e resilienti sono da anni – per ora senza risultati significativi – sui tavoli di lavoro delle organizzazioni internazionali che operano nel settore spaziale, in particolare del COPUOS (*Committee for the Peaceful Use of Outer Space*, istituito in seno alle Nazioni Unite e deputato a promuovere la cooperazione internazionale fra Stati nelle attività spaziali in conformità ai principi di diritto dello spazio sanciti nei Trattati internazionali; cfr. spec. COPUOS, *Long-term Sustainability of Outer Space Activities*, redatte dal Gruppo di lavoro sulla sostenibilità a lungo termine delle attività spaziali nel 2019 e, nella prospettiva dell'Unione, *European Union joint contribution on the implementation of the Guidelines for the Long-term Sustainability of Outer Space Activities*, A/AC.105/C.1/2023/CRP.12, 6 febbraio 2023), la previsione di norme direttamente applicabili negli Stati membri contenenti standard di sostenibilità obbligatori e superiori a quelli attualmente richiesti dal diritto internazionale e dagli altri ordinamenti nazionali che provvedono ai lanci, andrebbe ad aumentare i costi di produzione e lancio per le imprese stabilite nell'Unione, rendendole di fatto meno competitive rispetto alle compagnie extra-europee. Non solo: rispetto a potenziali pretese extraterritoriali delle norme UE potrebbero generarsi reazioni a livello internazionale, mentre non può escludersi che le stesse imprese UE potrebbero delocalizzare le proprie attività spaziali in Stati terzi, con conseguente perdita del ritorno economico associato alla *New Space Era*.

La questione viene resa ulteriormente complessa dall'interazione fra

l'Unione europea e l'Agenzia spaziale europea, dal momento che la composizione delle due organizzazioni non è allineata (nell'ESA vi sono Regno Unito e Canada), ma le imprese UE operano nel quadro di progetti finanziati e attuati da ambedue le organizzazioni. A seconda della delimitazione dell'ambito di applicazione della proposta, un'impresa europea ben potrebbe essere chiamata ad applicare standard di produzione differenziati che, oltre a generare incertezza sul regime applicabile, andrebbero ad incrementare ulteriormente i costi a carico delle aziende europee a vantaggio delle imprese estere.

A fronte dell'immobilità del quadro normativo internazionale, dei differenti approcci nazionali all'interpretazione dei principi contenuti nei risalenti Trattati di diritto dello spazio, che hanno portato all'elaborazione di norme dal contenuto diversificato anche sul territorio europeo, resta da chiederci se sia effettivamente necessario l'intervento di uniformazione delle norme relative agli aspetti coperti dalla proposta di legge spaziale europea. La tendenza internazionale sembra essere quella di promuovere strumenti di *soft-law*, idonei a indirizzare il comportamento degli operatori spaziali senza introdurre elementi distorsivi del mercato idonei ad incidere sullo sviluppo industriale di ciascun Paese, mentre l'Unione pare propensa a irrigidire il quadro normativo di riferimento, al fine di raggiungere quella leadership globale che ricerca dai primi interventi in ambito spaziale.

Ecco dunque che la proposta, sebbene forse non necessaria, sembra acquisire un'indubbia utilità nel contribuire ad affermare l'autonomia strategica dell'Unione nei confronti degli Stati terzi, evidenziando e promuovendo un approccio alle attività spaziali che valorizza lo spazio come "patrimonio comune dell'umanità", la cui preservazione impone limiti alle attività economiche. Questa visione, aderente alla ratio che portò all'elaborazione dei principi sullo sfruttamento dello spazio extra-atmosferico, è però in contro-tendenza rispetto all'approccio maggioritario delle normative nazionali, che mirano a promuovere e proteggere le proprie imprese e i propri progetti spaziali. La sua attuazione concreta, e gli effetti positivi in termini di sostenibilità e leadership nella previsione di standard minimi di tutela, passa necessariamente attraverso l'introduzione di idonee misure (anzitutto economiche) di sostegno alle imprese europee destinatarie delle misure di uniformazione. Soltanto un bilanciamento ponderato fra le imposizioni attuate dalla proposta e gli aiuti garantiti dalla Commissione rende il progetto attuabile e appetibile per altri sistemi normativi, garantendo all'Unione quel primato nei confronti dei *competitors* stranieri che anela raggiungere. Questo approccio garantirebbe che i costi aggiuntivi derivanti dagli standard di

sostenibilità siano, indirettamente, sostenuti dallo Stato (o dall'Unione nel caso di specie), senza impattare in maniera incisiva sulle imprese destinatarie delle disposizioni inerenti alla produzione e al lancio degli oggetti spaziali.

Abstract (ita)

Le attività spaziali hanno acquisito negli ultimi anni rilevanza fondamentale per le attività economiche e per le politiche di sicurezza degli Stati membri nonché per il perseguimento delle politiche dell'Unione. Tale circostanza ha fatto emergere la necessità di superare la base giuridica riconducibile all'art. 189 TFUE, inerente alle limitate competenze UE in materia di spazio, per giungere all'annuncio di una legge spaziale europea idonea alla piena realizzazione del mercato interno. Il contributo analizza il fondamento di tale intervento normativo e ne delinea il possibile contenuto, alla luce del principio di attribuzione delle competenze e dei vincoli internazionali.

Abstract (eng)

Space activities have acquired a key role for the economic development and security policies of the Member States as well as for the pursuit of the EU policies. This circumstance has highlighted the need to overcome the legal basis granted by art. 189 TFEU, inherent to the limited EU competences in the field of space and brought to the announcement of a European Space Law suitable for the full realization of the internal market. The contribution analyzes the foundation of this regulatory intervention and outlines its possible content, considering the principle of conferral and the international constraints.

DALLA CORTE COSTITUZIONALE DUE RECENTI E INEQUIVOCHE
INDICAZIONI CIRCA LA NECESSITÀ DI INTERPRETARE I PRINCIPI
DELLA NOSTRA COSTITUZIONE ECONOMICA IN CONFORMITÀ
ALL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

Davide Diverio (Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano) – 1° maggio 2024

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ordinanza n. 35 di autoremissione. – 3. La sentenza n. 36. – 4. La permeabilità dell'ordinamento italiano ai principi, di derivazione europea, di tutela della concorrenza e di liberalizzazione. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Seppur circoscritte a un ben limitato e specifico contesto, l'ordinanza n. 35 e la sentenza n. 36 della Corte costituzionale, depositate entrambe lo scorso 7 marzo, offrono, già a una loro prima lettura, spunti di riflessione di carattere generale in ordine al rilievo costituzionale dei principi del diritto del mercato interno dell'Unione europea, con particolare riguardo alle sue libertà fondamentali e alla necessità, da parte del legislatore dello Stato membro, di conformarsi a esse nel dettare la disciplina delle attività economiche.

2. L'ordinanza n. 35 è stata pronunciata nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Regione Calabria 24 aprile 2023, n. 16, recante “Autorizzazione per l'esercizio del servizio di noleggio con conducente (NCC)”. Prevedendo, a favore della Ferrovie della Calabria S.r.l. (operatore già abilitato allo svolgimento del servizio di noleggio di autobus con conducente), il rilascio di “titoli autorizzatori non cedibili, nell'ambito della Regione Calabria”, ai fini dello svolgimento del servizio di noleggio con conducente (di seguito NCC) *ex* legge n. 15 gennaio 1992, n. 21, il Presidente del Consiglio dei Ministri ritiene che tale disposizione violi, anzitutto, l'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost. Disponendo il rilascio di tali autorizzazioni, “nel limite massimo di duecento autovetture, proporzionato alle esigenze dell'utenza”, in considerazione dell'esigenza di far fronte all'incremento di domanda conseguente all'aumento dei flussi turistici verso la regione e, soprattutto, individuando direttamente il beneficiario delle stesse, la legge regionale *de qua* sarebbe infatti illegittima in relazione alla materia “tutela della concorrenza”. A detta del ricorrente, tale regime si porrebbe in diretto contrasto, per quanto qui di più specifico interesse, con l'art. 10-bis,

comma 6, del d.l. n. 135/2018 (“Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione”, convertito, con modificazioni, nella legge n. 12/2019) ai sensi del quale non è consentito il rilascio di nuove autorizzazioni per le attività di servizio di NCC con autovettura, motocarozzetta e natante fino alla “piena operatività” del “registro informatico pubblico nazionale” delle imprese titolari di licenza per il servizio di taxi e di quelle titolari di autorizzazioni per il servizio di NCC. L’istituzione di tale ultimo registro, prevista dallo stesso d.l., sarebbe dovuta avvenire entro un anno dalla data di entrata in vigore del d.l.; non essendosi, tuttavia, ancora realizzata, la legislazione statale dispone, nella sostanza, un divieto di rilascio di nuove autorizzazioni per i servizi in discorso, ponendosi così, come anticipato, l’impugnata legge regionale in “aperto contrasto” con essa.

Appare perciò chiaro come sia lo stesso art. 10-bis, comma 6, del d.l. n. 135/2018, in concreto norma parametro di legittimità della disposizione regionale impugnata per violazione dell’art. 117, comma 2, lett. e), Cost., a sollevare – come del resto espressamente sostenuto dall’*amicus curiae*, l’Associazione nazionale imprese trasporto viaggiatori, ANITRAV, intervenuta nel giudizio *de quo* – dubbi di legittimità costituzionale. Secondo la Consulta, infatti, sussiste un rapporto di necessaria pregiudizialità fra tali dubbi e la questione promossa dal ricorrente. Sulla base del proprio consolidato orientamento, dunque, ritenendo “pregiudizialmente necessario, al fine della definizione del presente giudizio, affrontare la questione della legittimità costituzionale del divieto di rilascio di nuove autorizzazioni per l’espletamento del servizio di NCC, stabilito fino alla piena operatività del suddetto registro informatico”, solleva essa stessa, disponendone la trattazione innanzi a sé, “questioni di legittimità costituzionale dell’art. 10-bis, comma 6, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135 [...] in riferimento agli artt. 3, 41, primo e secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’art. 49 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea” (sullo strumento dell’autorimessione e sulle sue criticità, per tutti, G. MONACO, *Pregiudizialità logica della questione che la Corte solleva innanzi a sé. Osservazioni sull’ord. n. 94 del 2022 della Consulta*, in *Osservatorio costituzionale*, 2022, p. 228 ss.).

Il presentato (dal ricorrente) profilo di legittimità costituzionale con riguardo alla materia della “tutela della concorrenza” diventa perciò, in via pregiudiziale, un profilo di legittimità costituzionale rispetto, fra gli altri, all’art. 117, primo comma, Cost., in espressa relazione all’art. 49 TFUE. Tale ultima disposizione appare così porsi come principale (forse persino assor-

bente) parametro di legittimità posto che, come si tenterà di evidenziare, è alla luce dei “vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario” (come detto qui espressamente individuati nell’art. 49 TFUE) che vanno interpretati gli ulteriori due citati parametri, l’art. 3 e, soprattutto, l’art. 41, primo e secondo comma, Cost.

L’argomentazione seguita dalla Corte costituzionale appare chiarissima nei suoi elementi essenziali. Se, come da essa proposto, il tema è divenuto ora quello di verificare la sussistenza di una (forse illegittima) preclusione all’esercizio di un’attività economica autonoma, diventano appunto l’art. 41, commi 1 e 2, e l’art. 117, comma 1, Cost. le disposizioni rilevanti (oltre all’art. 3, per un generale principio di ragionevolezza). Quanto alla prima, rinviano alla propria consolidata giurisprudenza (per tutte, sentenza n. 150/2022 e sentenza n. 7/2021), la Consulta fornisce una chiave di lettura di ordine generale, di fatto incentrata sull’applicazione del principio di proporzionalità, in merito al modo in cui verificare la legittimità costituzionale di “limiti di ordine generale”, ovvero, più specificamente, di “blocchi o sospensioni delle autorizzazioni funzionali all’esercizio di attività economiche”, che concretizzino indebiti ostacoli all’accesso al mercato. Quanto all’art. 117, comma 1, Cost., invece, la Corte costituzionale offre un ben più concreto e specifico ausilio interpretativo rinviano espressamente alla pronuncia della Corte di giustizia resa l’8 giugno 2023, nella causa C-50/21, *Prestige and Limousine SL*. Dando immediato e più tangibile contenuto ai generali “vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario” ex art. 117, comma 1, Cost., essa, infatti, si pone il dubbio che la disposizione in parola sia in contrasto con l’art. 49 TFUE e la libertà di stabilimento che essa sancisce (sul punto, per tutti, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2023, p. 173 ss.; M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI, R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell’Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2021, p. 169 ss.); disposizione appunto centrale in una recente sentenza della Corte di giustizia che ha ad oggetto proprio il (medesimo) tema della verifica di ingiustificate barriere all’accesso al mercato dei servizi del trasporto di persone.

3. Nel procedimento conclusosi con la sentenza n. 36, a venire in linea di conto è, ancora, l’operato del legislatore della Regione Calabria, ma ora con la legge 24 aprile 2023, n. 16 (“Disposizioni per l’esercizio del trasporto pubblico non di linea e norme concernenti il ruolo dei conducenti dei servizi pubblici di trasporto non di linea”). Oggetto di attenzione è il suo art. 2, comma 4, ai sensi del quale i Comuni, su richiesta dei titolari di licenza del servizio di taxi o dei soggetti di cui all’art. 7, comma 1, lettere *b*) e *c*),

della legge n. 21/1992, possono consentire di “prevedere, in via sperimentale, forme innovative di servizio all’utenza, con obblighi di servizio e tariffe differenziati, rilasciando a tal fine apposite autorizzazioni”. Anche in questo caso le doglianze del Presidente del Consiglio dei ministri fanno leva sulla contrarietà all’art. 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione e, dunque, sulla lesione della competenza esclusiva dello Stato in tema di tutela della concorrenza; spetterebbe infatti a quest’ultimo, secondo il ricorrente, dettare una disciplina uniforme delle condizioni di svolgimento del servizio di NCC. L’estensione anche ai soggetti autorizzati a svolgere il servizio di NCC di sperimentare forme innovative di servizio, quando una tale facoltà sarebbe espressamente prevista ai sensi della rilevante normativa statale soltanto a favore di chi sia titolare di licenza per il servizio di taxi, intaccherebbe dunque le attribuzioni del legislatore statale nella materia della “tutela della concorrenza”.

La Corte costituzionale reputa invece immediatamente non fondata la questione di legittimità costituzionale, dichiarando che sarebbe stata, infatti, del tutto errata la messa a fuoco dell’ambito di applicazione della disposizione *de qua*. Giudicandola, in modo del tutto opposto alle indicazioni del ricorrente, ricalcare la normativa statale di riferimento (costituita dalle pertinenti previsioni del d.l. n. 223/2006, come convertito, e dalla legge n. 21/1992), rispetto alla quale essa non farebbe altro che specificarne le indicazioni, a parere della Consulta la legge regionale in discorso si applicherebbe esclusivamente al servizio di taxi, non incidendo in alcun modo, dunque, sulla disciplina dei servizi nel settore del NCC e non invadendo così la competenza del legislatore statale in materia. In assenza, infatti, di un riferimento testuale agli operatori di tale settore quali destinatari della disposizione impugnata e in virtù di una conseguente necessità di interpretare tale disposizione “in armonia con la normativa statale” (punto 4.3 considerato in diritto), come anticipato, la questione posta viene così ritenuta non fondata.

È, tuttavia, nel prosieguo delle argomentazioni svolte, ben più consistenti e rilevanti rispetto a quelle sinteticamente evocate nelle prime considerazioni in diritto, che risiede l’elemento di maggiore interesse della pronuncia in commento. Questo assunto pare, peraltro, ancora più vero se si pone mente alla circostanza per cui, a stretto rigore, la Corte costituzionale avrebbe potuto ritenere già sufficientemente motivata la dichiarazione di infondatezza del ricorso proposto dal Presidente del Consiglio dei ministri con le appena ricordate indicazioni in merito alla definizione dell’ambito di applicazione della legge regionale impugnata. In effetti, nell’occasione la Consulta pare spingersi oltre, compiendo riflessioni di ordine più generale

in merito al contenuto che debba (o, meglio, che non debba) avere un intervento legislativo volto a disciplinare l'accesso, nell'esercizio di una data attività economica autonoma, a determinate modalità di prestazione; qui, in particolare, a forme innovative di svolgimento del servizio.

Prescinde, evidentemente, dalle finalità della presente nota valutare quanto un tale approccio della Corte costituzionale – come anticipato, non strettamente necessario ai fini della risoluzione della questione di legittimità costituzionale e integrante un vero e proprio monito nei confronti del legislatore (*ex multis*, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, p. 212; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, p. 252 ss.) – debba ritenersi opportuno e, finanche, soprattutto alla luce degli effetti che potrà determinare, legittimo in ordine alla garanzia del rispetto dello stato di diritto e del principio della separazione dei poteri. Ciò che, invece, qui preme evidenziare è la *ratio* di tale approccio, tentando di porre in rilievo l'insieme degli elementi che sorregge l'impianto argomentativo seguito dalla Corte costituzionale. L'indicazione che essa fornisce al legislatore nazionale è, senza dubbio, chiarissima: un generale divieto per gli operatori del settore di NCC di utilizzare servizi innovativi deve ritenersi contrario ai principi della tutela della concorrenza. Quali, allora, gli argomenti che conducono a una tale, così chiara, affermazione? Sono, in particolare, quelli che la stessa Corte definisce argomenti “di carattere sistematico” (punto 5 considerato in diritto) ad attrarre maggiormente l'attenzione di chi scrive, intenzionato com'è a cogliervi elementi utili a dimostrare come l'influenza dei principi, di derivazione comunitaria, desumibili dalla disciplina del mercato interno così come costantemente interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione si sia ormai compiutamente realizzata nel nostro ordinamento e come, dunque, tale influenza costituisca un imprescindibile dato cui misurarsi ogniqualvolta siano in gioco principi costituzionali come la tutela della concorrenza e, più in generale, la libertà di iniziativa economica *ex art. 41 Cost.*

Con esplicito riguardo, appunto, a tali argomenti di ordine sistematico, il punto di partenza da cui muove la Corte costituzionale è la nozione stessa di “tutela della concorrenza”, presentata nella ormai tradizionale duplice accezione, altrove espressamente qualificata come riflettente quella operante a livello comunitario (si rinvia, ad esempio, alla sentenza n. 299/2012 e alla sentenza n. 430/2007): da un lato, di contrasto alle condotte delle imprese che possano pregiudicare l'assetto concorrenziale dei mercati; dall'altro lato, di promozione della competizione fra le imprese. È nella seconda di esse che la Corte si pone affermando che le innovazioni “rappresentano il cardine

della libertà d’iniziativa economica privata e dell’interazione fra le imprese in un mercato efficiente e attento ai bisogni dei consumatori” (punto 9, considerato in diritto). Un divieto quale quello (al momento soltanto) desumibile dalla difesa dello Stato nel procedimento *de quo*, infatti e ancor più esplicitamente, “determinerebbe un grave sacrificio della libertà d’iniziativa economica privata, senza attuare alcun punto di equilibrio tra il libero esercizio delle attività economiche e gli interessi pubblici coinvolti dalla dinamica competitiva del mercato” (punto 10, considerato in diritto).

A sostegno di tali conclusioni, la Corte costituzionale rinvia, oltre alla propria, alla giurisprudenza di legittimità e a quella amministrativa per giungere, infine, alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Come nell’ordinanza n. 35, la Consulta fa espresso riferimento alla sentenza della Corte di giustizia dell’8 giugno 2023 (causa C-50/21, *cit.*), anche qui per esprimere la necessità tanto “di esaminare in modo rigoroso le preminenti finalità d’interesse generale che presiedono alla disciplina limitativa”, quanto, in via ancor più generale, che le disposizioni adottate siano adeguate e non vadano oltre quanto “si dimostri indispensabile per conseguire gli obiettivi fissati dalla legge” (punto 10.4, considerato in diritto).

In quell’occasione, peraltro, la Corte di giustizia, come sovente accade, non ha sancito in maniera definitiva la legittimità o l’illegittimità comunitaria del regime nazionale che, per quanto qui più specificamente rileva, prevedeva che per esercitare l’attività di servizi di noleggio di veicoli con conducente in un dato agglomerato urbano fosse necessario ottenere un’autorizzazione specifica, da parte del Consiglio metropolitano dell’area urbana interessata, che si aggiungeva all’autorizzazione nazionale richiesta per la fornitura di tali servizi e valida sia nei contesti urbani che in quelli interurbani. Essa ha infatti senz’altro ritenuto tale regime, in forza della duplicazione di autorizzazioni che impone, “di per sé una restrizione all’esercizio della libertà garantita dall’art. 49 TFUE, in quanto un simile requisito limita effettivamente l’accesso al mercato per qualsiasi nuovo arrivato” (punto 62). La Corte di giustizia ha tuttavia demandato al giudice del rinvio (il *Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*) l’apprezzamento decisivo in merito alla possibilità che il regime in discorso potesse essere giustificato in applicazione del generale principio di proporzionalità.

Tale pronuncia resta indubbiamente rilevante, come appunto sottolineato espressamente dalla Corte costituzionale, per (almeno) due ordini di profili. In primo luogo, e in via più generale, essa ribadisce come, secondo giurisprudenza consolidata (*ex multis*, sentenze della Corte di giustizia del 16 marzo 2023, causa C-517/20, *OL*; del 24 marzo 2011, causa C-400/08,

Commissione c. Spagna; del 3 ottobre 2000, causa C-58/98, *Corsten*), la conformità al diritto del mercato interno di una procedura volta al rilascio di un'autorizzazione riposi nelle concrete caratteristiche di tale procedura, dovendo questa essere necessariamente fondata su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, insomma tali da escludere ogni arbitrarietà nell'operato della amministrazione competente. Il secondo, più peculiare perché attinente specificamente al mercato dei servizi NCC, profilo di interesse risiede invece nell'elenco dei (soli, è da ritenere) motivi imperativi di interesse generale che possano giustificare un regime autorizzatorio, individuati, da un lato, negli obiettivi di corretta gestione del trasporto, del traffico e dello spazio pubblico, dall'altro lato, nella protezione dell'ambiente.

4. Non vi sono più dubbi – *si parva licet componere magnis* – in merito al “cammino comunitario” (U. VILLANI, *Il nuovo “cammino comunitario” della Corte costituzionale*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2024, p. 81 ss.) della Consulta anche rispetto alla, certamente ben limitata, prospettiva qui oggetto di attenzione. È ormai chiaro che, per stabilire se una disposizione legislativa (qui regionale) sia legittima perché conforme alla tutela della concorrenza, beninteso nel quadro che è proprio del giudizio di fronte a sé (ovverosia un procedimento di via principale volto ad accertare la costituzionalità di una legge regionale), essa non possa che disporre di un'unica chiave di interpretazione, quella rappresentata dal diritto del mercato interno.

Può così accadere, come con l'ordinanza n. 35, che il prospettato parametro di legittimità venga esplicitamente “trasformato” dalla Corte costituzionale, dall'art. 117, comma 2, lett. e), all'art. 117, comma 1, Cost., con espresso richiamo all'art. 49 TFUE; e che a tali disposizioni debba pure aggiungersi, per quanto qui più direttamente rileva, l'art. 41, commi 1 e 2, Cost. Tutto ciò a conferma di come debba ormai risultare del tutto pacifico che, nell'ordinamento italiano, la disciplina dell'attività economica costituzionalmente legittima sia soltanto quella conforme ai principi dell'ordinamento dell'Unione; quella, perciò, che fa piena, e sempre più spesso anche esplicita, applicazione di criteri ermeneutici elaborati dalla Corte di giustizia dell'Unione in sede di interpretazione delle disposizioni del mercato interno; criteri, peraltro, in larga parte anche codificati dal legislatore di diritto derivato dell'Unione nella direttiva 2006/123/CE.

Identica *ratio* è quella che permea anche la sentenza n. 36 e pare utile nuovamente evidenziare il fatto che, pur non essendocene strettamente bisogno, la Corte costituzionale ponga tali argomenti alla base del proprio monito rivolto al legislatore nazionale. Se mai in futuro esso dovesse procedere a

disciplinare in maniera, è da ritenere, organica un regime sull'utilizzo delle innovazioni per gli operatori NCC, soltanto un regime pienamente rispettoso delle coordinate espresse dalla Corte di giustizia potrebbe qualificarsi come conforme alla tutela della concorrenza secondo la nostra Costituzione.

Quel processo di "osmosi" fra ordinamenti (interno e dell'Unione) cui già alludeva il Professor Tesauro – processo che, unito all'apparente indeterminazione di alcuni principi costituzionali, ha consentito alla nostra Costituzione "di far vivere e far crescere, dandovi tutela, un bene giuridico, 'la concorrenza', contenuto embrionalmente e non certo con chiarezza nell'art. 41 Cost." (G. TESAURO, *Mercato e concorrenza tra Costituzione e norme comunitarie*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber Amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 769 ss., a p. 779) – si è perciò del tutto compiuto e così, per le materie che qui ci occupano, la sovrapposizione piena fra Corte costituzionale e Corte di giustizia può ritenersi, di fatto, realizzata.

5. In conclusione, due riflessioni di ordine generale possono trarsi da una prima lettura dell'ordinanza n. 35 e della sentenza n. 36 della Corte costituzionale.

Da un lato, la Corte costituzionale si conferma, insieme alla, peraltro più volte citata dalla stessa Consulta, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, interlocutrice autorevolissima e imprescindibile per il legislatore impegnato ad assumere decisioni (anche) in materia di tutela della concorrenza. Come anticipato, non può qui costituire oggetto di attenzione il delicatissimo tema della precisa delimitazione dell'ambito di competenza di ciascuno dei poteri dello Stato. Resta, certamente, del tutto ferma la piena discrezionalità del legislatore, per utilizzare le stesse parole della Corte costituzionale, nella ricerca di un soddisfacente "punto di equilibrio tra il libero esercizio delle attività economiche e gli interessi pubblici coinvolti dalla dinamica competitiva del mercato" (punto 1.2 ritenuto in fatto). I vincoli derivanti dal rispetto della Costituzione e dall'ordinamento dell'Unione, tuttavia, risultano allo stesso modo insuperabili e ciò che pare qui utile evidenziare è come quell'"osmosi" non possa che, inevitabilmente, rafforzarli e renderli davvero imprescindibili. Del resto, quei vincoli incamerano anche il quadro, anch'esso al momento attuale decisamente consolidato e fermo, dello stato dei rapporti fra l'ordinamento italiano e dell'ordinamento dell'Unione così come propugnato dalla stessa Corte costituzionale; inclusi gli strumenti utilizzabili al fine di garantire, in ultima analisi, il primato del diritto dell'Unione.

Dall'altro lato, e in stretta connessione con quanto appena evidenziato, appare al momento irreversibile quel processo di permeabilità dell'ordinamento italiano, per ciò che attiene alla disciplina delle attività economiche, alle coordinate essenziali del diritto del mercato interno dell'Unione. Si tratta di un'irreversibilità in larga parte dovuta all'operare delle stesse istituzioni dell'ordinamento interno come proprio le due decisioni *de quibus*, a parere di chi scrive, starebbero a confermare. La necessità di conferire una precisa e concreta definizione al contenuto di clausole costituzionali di per sé astratte e dai confini imprecisi, operazione resa necessaria, sul piano interno, dal contesto di volta in volta in rilievo (sovente costituito, come in questo caso, da un conflitto di competenza da risolvere), consente (forse, meglio, impone) infatti tale permeabilità fra gli ordinamenti, giungendo appunto, per quanto qui rileva, ad attribuire un contenuto comunitario a tali clausole.

In altri termini, comprendere se l'intervento del legislatore regionale sia legittimo in termini di competenza risulta possibile soltanto dopo aver definito cosa si intenda per "tutela della concorrenza" ai sensi della Costituzione. Come espressamente si evince dalla giurisprudenza consolidata della Consulta tale nozione non può che essere interpretata secondo un'accezione comunitaria. Come ora espressamente si ricava dall'ordinanza n. 35 la discussione sulla "tenuta comunitaria" di una legge regionale non può risolversi se non sciogliendo, a monte, il nodo della tenuta comunitaria della più generale legge dello Stato rispetto alla legge regionale impugnata, la quale costituisce, nella sostanza, uno più specifico atto di attuazione. In definitiva, nelle scelte assunte dall'ordinamento italiano in relazione alla disciplina delle attività economiche uno solo di fatto può essere il parametro di riferimento in merito alla loro legittimità e tale parametro è quello costituito, e ora sempre più spesso altresì esplicitamente dichiarato, proprio dalle disposizioni del diritto del mercato interno dell'Unione come costantemente interpretate dalla Corte di giustizia. La compatibilità o meno con l'art. 49 TFUE svelerà la legittimità o l'illegittimità costituzionale di una disposizione di legge dell'ordinamento italiano. In maniera meno diretta, ma nondimeno senz'altro rilevante, sembrerebbe altresì emergere l'indicazione per cui un tale approccio ermeneutico dovrà inevitabilmente guidare la Corte costituzionale anche nell'interpretazione di ulteriori disposizioni-guida per l'ambito che qui ci occupa, come l'art. 41, commi 1 e 2, Cost.

Prese di posizione così inequivoche suonano perciò estremamente utili perché contribuiscono al formarsi, certamente ed essenzialmente a vantaggio del legislatore nazionale (*rectius*, dei possibili diversi legislatori degli ordinamenti degli Stati membri), di un orientamento interpretativo che ormai

non può che ritenersi univoco e privo di tentennamenti. Un orientamento pacificamente tributario, peraltro, non soltanto delle conclusioni cui giunge ma pure dello stesso *modus procedendi* con cui la Corte di giustizia applica le disposizioni fondamentali del diritto del mercato interno dell'Unione: una interpretazione funzionale e mirata all'effetto utile delle disposizioni astrattamente e di per sé di ostacolo al libero accesso al mercato, tanto per le imprese quanto per i cittadini, destinate a sopravvivere (perché conformi alla Costituzione/all'ordinamento dell'Unione) soltanto se proporzionate a (pochi e particolarmente rilevanti) interessi generali che esse dichiarino di voler salvaguardare.

Siffatte riflessioni rivelano tutta la loro rilevanza concreta a fronte tanto delle difficoltà interpretative con cui nel tempo si sono misurate la nostra dottrina e la nostra giurisprudenza impegnate a dare un significato il più possibile concreto alla nozione di "Costituzione economica" (*ex multis*, A. ARGENTATI, *Concorrenza e mercato*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Vicenza, 2023, p. 249 ss., spec. p. 258 ss.; F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2020, p. 13 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, in *Diritto pubblico*, 2020, p. 595 ss.; G. AMATO, *Corte Costituzionale e Concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, p. 425 ss.), quanto di situazioni di grave e reiterata non conformità del nostro ordinamento rispetto a tali ricordati principi (per tutti, E. CHITI, *Le concessioni demaniali marittime e la Corte di giustizia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, p. 629 ss.; G. GRECO, *Il suivi della sentenza della Corte di giustizia sulle concessioni balneari (continua il braccio di ferro tra TAR Lecce e Consiglio di Stato)*, in *rivista.eurojus.it*, 13 novembre 2023); situazioni che, alla luce di tale evocato quadro, non possono che ritenersi, una volta di più, del tutto inaccettabili.

Abstract (ita)

Il presente contributo si propone di analizzare l'ordinanza n. 35 e la sentenza n. 36 della Corte costituzionale italiana, depositate lo scorso 7 marzo, alla luce degli spunti di riflessione di ordine generale che queste offrono in merito alla rilevanza costituzionale dei principi del diritto del mercato interno dell'UE, con particolare riferimento alle sue libertà fondamentali e alla necessità per i legislatori nazionali di conformarvisi in sede di disciplina delle attività economiche.

Abstract (eng)

The aim of this paper is to analyse Order No. 35 and Judgment No. 36 of the Italian Constitutional Court, filed this past 7 March, in light of the general insights they offer regarding the constitutional relevance of the EU's internal market law principles, specifically in relation to its fundamental freedoms and the need of national legislators to comply therewith when regulating economic activities.

THE EXERCISE OF THE DISCRETIONARY CLAUSE IN THE DUBLIN SYSTEM AND ITS JUSTICIABILITY AFTER THE *AHY* JUDGMENT: IT IS ONLY A MATTER OF NATIONAL LAW...BUT AT WHAT PRICE!

Marcella Ferri (Research Fellow in EU law at the Department of Legal Sciences of the University of Florence) – 7 luglio 2024

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. A brief outline of the case-law of the Court of Justice on the discretionary clause. – 3. The *AHY* judgment. – 4. The reinterpretation (or misinterpretation) of the *MA* judgment. – 5. The interplay between the discretionary clause and the scope of application of EU fundamental rights. – 6. Not all is lost but... at what price!

1. The judgment rendered on 18 April 2024 by the Court of Justice (“Court” or “CJ”) in *AHY* (Case C-359/22) provided further clarifications on the justiciability of the discretionary clause set out in Article 17 (1) of the Regulation (EU) No 604/2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (“Dublin III Regulation”; for a general analysis on the Regulation see, *inter alia*, C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *Dublin III Regulation (EU) No 604/2013*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, München-Oxford-Baden, 2016, p. 1478 ff.). According to that provision, by way of derogation from the responsibility criteria set out in the Regulation, each Member State *may* decide to examine an application for international protection which would not otherwise fall under its responsibility according to the Dublin criteria (on the discretionary clause see, among others, C. FAVILLI, *L'applicazione della clausola di discrezionalità del regolamento Dublino tra reciproca fiducia e tutela dei diritti dei richiedenti asilo*, in E. SCISO (a cura di), *I flussi migratori e le sfide all'Europa*, Torino, 2020, p. 155 ff.). It is worth stressing that such a discretionary power may also be exercised where an earlier application has been lodged before the competent Member State, and even if the latter already rejected the request. It follows that the exercise of the discretionary clause represents an *alternative* both to take charge and to take back procedures laid down by the Dublin III Regulation; in other words, the Member State which is not responsible to examine the application under the Dublin criteria does have the *power* – and not the obligation – to initiate a take charge or a take back procedure (see Articles 21 on take charge procedures

and Articles 23 and 24 on take back procedures; as it clearly emerges from the wording of these provisions, where a Member State considers not to be responsible for the application, it “*may*” request to the competent Member State to take charge or take back the applicant concerned).

The discretionary clause is deeply linked to the partial harmonisation characterising the EU asylum law. The relevant EU secondary law grants Member States a relevant margin of discretion allowing them to provide for *national* forms of protection broader than the international protection ruled by EU law (according to Article 3 of the Qualification Directive, Member States may introduce or retain more favourable standards for determining the conditions for granting international protection, provided that those standards are compatible with that directive; moreover, recital (15) of the directive recognises that the Member States are entitled to allow third-country nationals to remain in their territories on a discretionary basis on compassionate or humanitarian grounds; in this regard, cf. C. FAVILLI, *The standard of fundamental rights protection in the field of asylum: The case of the right to an effective remedy between EU law and the Italian Constitution*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 167 ff.). Against such a partially harmonised legal background, the discretionary clause reflects – as stated by the CJ itself – the principle that the recognition of the right to asylum is a *prerogative* of the Member States which EU law cannot but respect (cf. among others, judgments of 23 January 2019, Case C-661/17, *MA*, para. 60; of 5 July 2018, Case C-213/17, *X*, para. 61; and of 10 December 2013, Case C-394/12, *Abdullahi*, para. 57). In other words, the discretionary clause can be seen as the key opening the door for recognising broader forms of national protection set out by the national legal systems of the Member States.

After giving a brief outline of the case-law of the Court of Justice on the discretionary clause (section 2), this blog post will summarise the background of the *AHY* judgment and the CJ’s answers to the preliminary questions (section 3). Then, it will focus on the two main questionable points affecting the Court’s reasoning in *AHY*: firstly, the lack of coherence with its previous case-law on the discretionary clause, in particular the *MA* judgment (section 4); secondly, the interplay between the discretionary clause and the scope of application of EU fundamental rights (section 5). Finally, the blog post will frame the commented judgment in the previous case-law on the discretionary clause to stress that *AHY* can be seen as the ultimate and culminating piece of a case-law granting the Member States an increasing margin of manoeuvre about both the exercise of the discretionary clause and its justiciability. In conclusion, some brief concluding observations on

the impact of such a case-law at the national and EU level will be provided (section 6).

2. To fully grasp the impact of the *AHY* judgment, the previous case-law on the discretionary clause must be mentioned. Three earlier decisions deserve particular attention.

First, in the famous *NS* case (Grand Chamber, judgment of 21 December 2011, Joined Cases C-411/10 and C-493/10) the CJ stated that the decision whether or not to examine an asylum application by making use of the discretionary clause constitutes implementation of EU law within the meaning of Article 51 (1) of the Charter of Fundamental Rights of the EU (“the Charter”). Notably, according to the Court, the discretionary power conferred on the Member States by the said clause – which at that time was contained in the Dublin II Regulation – “forms *part of the mechanisms* for determining the Member State responsible for an asylum application provided for” by the Regulation (para. 68; emphasis added). The CJ came to this conclusion stressing that the use of the discretionary clause implies some “specific consequences” laid down in the Regulation; as a matter of fact, the Member State concerned becomes responsible within the meaning of the Dublin Regulation and assumes the obligations stemming from that responsibility.

Second, it is worth mentioning the *MA* judgment which, like *AHY*, originated from a preliminary ruling issued by the Irish High Court. On that occasion, the CJ focused on the scope of the right to an effective remedy against a transfer decision which, under Article 27 of the Dublin III Regulation, must be granted to applicants for international protection. Notably, the Court held that the said provision “does not require a remedy to be made available against the decision not to use the option set out in Article 17 (1) of that regulation, *without prejudice to the fact that that decision may be challenged at the time of an appeal against a transfer decision*” (para. 79; emphasis added). As it will be argued below, this meaningful statement (for the sake of brevity, hereinafter “the *MA* principle”) was significantly reinterpreted by the Court in the *AHY* judgment.

Finally, the *Ministero dell’Interno (Brochure commune – Refoulement indirect)* judgment must be recalled (judgment of 30 November 2023, Joined Cases C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 and C-328/21). This decision dealt, among others, with the risk of indirect refoulement following the transfer of an applicant for international protection to the competent Member State which previously rejected his/her application. On this occasion,

the Court made a slight distinction between, on the one hand, the situation where the national judge of the transferring Member State, seized of an action for the annulment of a transfer decision under Article 27 of the Dublin III Regulation, disagrees with the interpretation made by the authorities of the competent Member State in relation to the material conditions for recognising the international protection and, on the other hand, the substantive assessment of a risk of indirect refoulement following the transfer of the applicant to the competent Member State which rejected his/her earlier application. The Court stated that, in the first case, the national judge has the power – but not the obligation under EU law – to declare its Member State as responsible to examine itself the application by virtue of the discretionary clause; by contrast, the national judge cannot compel the transferring Member State to apply such a clause on the ground that the Dublin transfer would expose the applicant to a risk of indirect refoulement. In other words, the CJ significantly narrowed down the scope of judicial review of the decision not to apply the discretionary clause, notably in case of indirect refoulement (on this judgment, cf. S. MARINAI, *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*, 2024, p. 1 ff.; M. FERRI, *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 *rivista.eurojus.it*, 2024, p. 40 ff.).

In the *AHY* judgment, the CJ further developed the restrictive approach characterizing *Ministero dell'Interno* which, not surprisingly, was issued by the same Chamber. More generally, as it will be argued in the conclusions, *AHY* represents the last (and culminating) episode of a case-law which has progressively granted the Member States a high margin of manoeuvre as regards the exercise of the discretionary clause and its justiciability.

3. The analysis of *AHY* must take into due account the specificities of the Irish system where the decision on the exercise of the discretionary clause is entrusted to a different authority than that competent on the decision on the transfer of the applicant to the competent Member State; these decisions can thus be challenged by two different remedies. More precisely, the transfer decision is taken by the International Protection Office (“IPO”) and the appeal against it must be brought before the International Protection Appeals Tribunal (“the IPAT”). By contrast, the decision on whether

or not to exercise the discretionary clause is up to the Minister for Justice and can be challenged before the High Court. As underlined by the referring court (the High Court), such a system can be significantly problematic. Indeed, as it happened in the main proceedings, an applicant can ask for the application of the discretionary clause *after* his transfer was decided and the appeal against it rejected. It is not surprising that from a study requested by the Commission to assess the implementation of the Dublin III Regulation, it emerges that in Ireland legal advisors understand the discretionary clause as “almost a new process” (European Commission, DG Migration and Home Affairs, *Evaluation of the Implementation of the Dublin III Regulation, Final report*, 2016, p. 35).

The case at the origin of the commented judgment concerns a Somali national – AHY – who, after the rejection of two applications for international protection in Sweden, filed another request in Ireland. The Irish authorities initiated a take back procedure to transfer AHY in Sweden and issued a transfer decision. The applicant brought an appeal before the IPAT against this decision and requested the application of the discretionary clause. After the dismissal of the appeal by the IPAT, AHY made an application to the Minister for Justice requesting again the use of the clause. The decision of the Minister to reject such a request was challenged by AHY before the High Court which raised the request for preliminary ruling.

With the first preliminary question, the referring court asked, in essence, whether Article 27 of the Dublin III Regulation entails the right to an effective remedy against a decision not to use the discretionary clause.

The CJ responded in the negative. Although Article 17 (1) must be qualified as an integral part of the mechanisms set out in the Dublin III Regulation for determining the responsible Member State, the Court stated that Article 17 (1) “*by its nature*, cannot be treated in the same way as the other criteria” laid down by the Regulation (para. 32). Such a difference is identified by the CJ in the circumstance that, according to its well-established case-law, the use of the discretionary clause is fully optional and EU law does not lay down any particular condition for its exercise. By contrast, it is for the Member States to determine such conditions and in no circumstances EU law can oblige a Member State to make use of that clause. Since the decision whether or not to use the discretionary clause is not based on the binding criteria set out in the Dublin III Regulation, it “cannot be treated in the same way as a transfer decision, within the meaning of Article 27 (1)” (para. 43).

The CJ made two important specifications to (try to) ensure coherence between such a conclusion and its previous case-law.

Firstly, the Court relied on its jurisprudence on the scope of the remedy provided for by Article 27 of the Dublin III Regulation. The latter must be broadly interpreted in light of recital (19), according to which the effective remedy against the transfer decision “should cover both the examination of the application of this Regulation and of the legal and factual situation in the Member State to which the applicant is transferred”. Such a broad interpretation emerges in the *Ghezelbash* judgment where the Court stressed that the Dublin III Regulation significantly overturned the approach of the Dublin II Regulation by introducing and strengthening several rights ensuring the involvement of applicants in the procedure for determining the competent Member State (Grand Chamber, judgment of 7 June 2016, Case C-63/15; in this regard, cf. among others, S. MORGADES-GIL, *The Right to Benefit from an Effective Remedy against Decisions Implying the Return of Asylum-seekers to European Safe Countries*, in *European Journal of Migration and Law*, 2017, p. 255 ff.; E. SHARPSTON, *Shadow Opinion of Advocate-General Eleanor Sharpston QC – Case C-194/19 HA, on appeal rights of asylum seekers in the Dublin system*, in *EU Law Analysis*, 2021). In line with *Ghezelbash*, the Court elaborated a rich case-law where the remedy against the transfer decision has been interpreted as covering both the observance of the responsibility rules and the procedural safeguards laid down by the Regulation (cf. Grand Chamber, judgments of 7 June 2016, Case C-155/15, *Karim*; of 26 July 2017, Case C-670/16, *Mengesteab*, and of 25 October 2017, Case C-201/16, *Shiri*; in this regard, cf. among others, A. FAVI, *Il diritto a un ricorso effettivo nell’ambito del “sistema Dublino” alla luce del (mancato) dialogo tra Corte di giustizia e legislatore dell’Unione: note a margine della sentenza C-19/21, I.S., 6 dicembre 2022*, in *Quaderni AISDUE*, 2022, p. 141 ff.). In *AHY*, the Court made a significant distinction between that case-law and the case at hand. Notably, a couple of differences were spotted. First of all, in *Karim*, *Mengesteab*, and *Shiri* the CJ extended the scope of the remedy provided for by Article 27 to the infringement of provisions which, like the criteria set out in Chapter III of the Regulation, contributes to determining the competent Member State. Moreover, the Member State concerned has the obligation to apply these provisions. It follows that those provisions “confer on the applicant [...] a right to have that Member State comply with its obligations to that effect” (para. 41; emphasis added). By contrast, this is not the case for the discretionary clause.

Secondly, the CJ recalled the *MA* judgment. According to the Court, from the above-mentioned *MA* principle does not emerge that the possibility of challenging the decision not to use the discretionary clause throughout

the appeal against a transfer decision “has its basis in EU law”; by contrast, that possibility “*can only be based on national law*” (paras 45-46; emphasis added).

By the subsequent preliminary question (the third one in the order for reference), the referring court asked in essence whether Article 47 of the Charter entails a suspensive effect on the implementation of the transfer decision pending the decision on the request to use the discretionary clause or the judicial remedy challenging that decision. In the alternative, the referring court asked whether the six-month time limit to proceed to the transfer of the applicant, as set out in Article 29 (1) of the Dublin III Regulation, starts from the acceptance of the request to take charge or to take back the person concerned or from the outcome of the judicial remedy against the transfer decision – where this remedy has a suspensive effect in compliance with Article 27 (3) – and not from the appeal against the decision, taken after the transfer decision, not to use the discretionary clause.

With regard to the first point, the Court upheld, in line with *NS*, that Article 17 (1) of the Dublin III Regulation must be qualified as “an integral part of the mechanisms” for determining the competent Member State; therefore, the decision not to use the discretionary clause entails the implementation of EU law within the meaning of Article 51 (1) of the Charter. Then, the CJ referred to its settled case-law according to which Article 47 of the Charter is applicable only in two cases: whether the right or freedom at issue is guaranteed by EU law or if the person concerned is the subject of criminal proceedings constituting an implementation of EU law. Thus, the Court found that the situation in the main proceedings cannot be regarded as integrating either of these two scenarios; therefore, Article 47 of the Charter does not apply. Notably, referring to the answer to the first preliminary question, the CJ recalled that, under EU law, there are no circumstances which oblige Member States to make use of the discretionary clause. It follows that an applicant for international protection has no right guaranteed by EU law to see the said clause applied.

Finally, the Court stated that the action challenging the decision not to use the discretionary clause has no suspensive effect. The CJ came to this conclusion by stressing the wording of Article 29 (1) of the Dublin III Regulation. The latter provision clearly identifies the *dies a quo* of the six-month time period with the acceptance of the request to take charge or take back procedures by the competent Member State or in the final decision on the appeal against the transfer decision where such an appeal has a suspensive effect.

4. The solution adopted by the CJ with respect to the first preliminary question is questionable from several points of view.

First, that solution turns out to be inconsistent with the *MA* judgment. As already mentioned, in *AHY* the Court stressed that the *MA* principle does not allow to conclude that the right to an effective remedy against the refusal to use the discretionary clause by appealing the transfer decision “has its basis in EU law”. Such a statement implies a significant and questionable reinterpretation (if not a real misinterpretation) of *MA*.

It is true that the *MA* principle does not explicitly identify in EU law the source to recognise the right to challenge the decision not to use the discretionary clause. Nevertheless, as it clearly emerges from paras 74-79 of the judgment, the Court elaborated the *MA* principle *by referring to EU law principles*. Notably, the Court struck a balance between two requirements: on one side, the objective of the rapid processing of applications for international protection which discourages multiple remedies; on the other, the necessity to ensure the right to effective judicial protection. Since – as underlined by the Court in *MA* – the refusal to use the discretionary clause results in the adoption of a transfer decision, the right to effective judicial protection is guaranteed insofar as “the Member State’s refusal to use that clause may [...] be challenged at the time of an appeal against a transfer decision” (para. 78). In other words, the balance between the objective of the rapid processing of the application and the right to effective judicial protection implies that a specific remedy against the decision not to use the clause is not necessary. However, the Court reached such a solution because, in the case at issue, the refusal to use the discretionary clause could be challenged throughout the appeal against a transfer decision (in this sense, cf. the Opinion of Advocate General Pikamäe on *AHY* case). Maintaining that in *MA* the right to challenge the refusal to apply the discretionary clause at the time of the appeal against the transfer decision was not based in EU law, implies a significant and questionable reinterpretation (if not a real misinterpretation) of *MA*.

Second, the Court came to the said reinterpretation of *MA* without paying sufficient attention to the *specific features* of the Irish system and of the case at hand. As already mentioned, in the Irish system the decision on the discretionary clause is fully dissociated from the transfer decision. It follows that, as in the case at the origin of the *AHY* judgment, the decision rejecting the application of the clause may be taken by the Minister for Justice *after* the asylum administrative authority has already issued a transfer decision. Furthermore, as underlined by the Advocate General, the *MA* and *AHY* cases

differ insofar as in *MA* it was the asylum administrative authority which refused to apply the clause and therefore issued the transfer decision. Despite their importance, the CJ significantly overlooked these aspects. Whilst in the first part of the judgment the Court seemed to consider the peculiarities of *AHY* and to circumscribe its interpretation to that specific case (paras 28 and 43), later on it affirmed – in a way going beyond the specific case – that the possibility of challenging the decision not to use the clause by appealing the transfer decision “can only be based on national law” (para. 46).

More generally, in *AHY* the Court did not seem to take into full account the real issue at the heart of the case on which, by contrast, the Advocate General specifically dwelled. From Pikamäe’s Opinion, it emerges that the question of the necessity to provide a specific remedy against the decision not to use the clause was deeply linked with the specificities of the Irish system, and notably the *interplay* between the transfer procedure and the procedure on the application of the discretionary clause. As stressed by the Advocate General, where the exercise of the discretionary clause is dissociated from the transfer decision and the request for the exercise of the discretionary clause can be submitted *after* the adoption of the transfer decision, the procedure on the discretionary clause can affect the validity of the earlier transfer decision. This peculiar system turns out to jeopardize the proper and efficient functioning of the Dublin cooperation. According to the Advocate General, the Dublin III Regulation precludes national systems providing for the said dissociation between the two procedures. Moving from this premise, he suggested that EU law does not require Member States to provide for a *specific* remedy against the decision not to use the clause; but at the same time, Pikamäe did not deny that in *MA* the Court recognised the necessity to guarantee the right to an effective remedy against the decision not to use the clause. Such a nuanced position of the Advocate General is confirmed by the fact that he declared to be aware that his proposed interpretation would require Member States, first, to provide that the decision concerning the discretionary clause must be taken before the adoption of the transfer decision, and second, it would require “some Member States, such as Ireland, to review the allocation of powers between judicial authorities in order to ensure that the authority hearing the appeal against the transfer decision *has jurisdiction to examine the decision not to use that clause*” (point 85).

The solution taken by the Court in the *AHY* judgment prevents the negative effects of systems dissociating the exercise of the discretionary clause from the transfer decision. Nevertheless, this goal is pursued by sacrificing the coherence with *MA* and, above all, the protection of fundamental rights

(see *infra* section 5). These latter would have been safeguarded by stating that EU law requires Member States to provide for a specific remedy against the decision not to apply the discretionary clause and specifying, at the same time, that EU law precludes national systems allowing the said dissociation between the transfer decision and the decision on the clause.

5. A second questionable point of the *AHY* judgment is represented by the reply to the third preliminary question and the passages (paras 51 and 52) where the CJ deals with the discretionary clause and the scope of application of EU fundamental rights.

As already recalled, the Court found that Article 47 of the Charter cannot be applied because, according to the CJ, the situation at hand in the main proceedings does not exemplify any of the two scenarios which entail the application of Article 47. Now, it is not easy to reconcile this conclusion with the Court's finding in *NS*, reiterated also in *AHY*, that the use of the discretionary clause is "an integral part of the mechanisms" defined by the Dublin III Regulation for determining the competent Member State, and therefore falls within the scope of application of EU law and of the Charter.

From a theoretical point of view, the Court's reasoning is likely to create a short circuit by opening the door to a kind of "grey zone" where EU law – and therefore the Charter – applies, but the right to effective judicial protection is not guaranteed. There is clearly a tension with the Court's bold statement in the famous *Fransson* judgment that "situations cannot exist which are covered [...] by European Union law without those *fundamental rights being applicable*" (Grand Chamber, judgment of 26 February 2013, Case C-617/10, para. 21, emphasis added; on the scope of application of the Charter, see N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, spec. p. 183 ff.).

Could the Court avoid the short circuit (and enhance the protection of fundamental rights)? Three lines of reasoning were available, two based on Article 47 of the Charter and one on the right to be heard as a general principle of EU law.

Firstly, the Court could have paid a greater attention to the relevant rights guaranteed by the Dublin III Regulation. As a matter of fact, since the discretionary power is part of the mechanisms for determining the competent Member State under the Dublin system, the use of that power is placed *within* that system. It follows that all rights recognised by this latter, in particular procedural and information rights, must enjoy the effective judicial protection required by Article 27 of the Regulation, read in conjunc-

tion with Article 47 of the Charter (as for the role of Article 47 of the Charter in EU asylum law, cf. *inter alia*, D. THYM, *Judicial maintenance of the sputtering Dublin system on asylum jurisdiction: Jafari, A.S., Mengesteab and Shiri*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 549 ff.; M. RENEMAN, *No Turning Back ? The Empowerment of National Asylum and Migration Courts under Article 47 of the Charter*, in M. BONELLI, M. ELIANTONIO, G. GENTILE (eds.), *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection, Volume 1. The Court of Justice's Perspective*, Oxford, 2022, p. 137 ff.). The circumstance that the application of the discretionary clause is not a pure national decision but retains a strong link with the Dublin system emerges from the fact that, as underlined by the CJ in *NS*, that decision gives rise to some specific consequences laid down by the Dublin Regulation itself. Moreover – in fact, first of all –, the procedural and information rights set out in Articles 4 and 5 of the Dublin III Regulation also cover the chance to use the discretionary clause (see Article 4, para. 1, lett. b), which provides that “As soon as an application for international protection is lodged within the meaning of Article 20 (2) in a Member State, its competent authorities shall inform the applicant of the application of this Regulation, and in particular of [...] the criteria for determining the Member State responsible, the hierarchy of such criteria in the different steps of the procedure and their duration, including the fact that an application for international protection lodged in one Member State can result in that Member State becoming responsible under this Regulation even if such responsibility is not based on those criteria”; see also Article 5 according to which “The interview shall also allow the proper understanding of the information supplied to the applicant in accordance with Article 4”).

With specific regard to procedural and information rights, the *Ministero dell'Interno* judgment deserves to be recalled again. On that occasion, the CJ specified that the right to information and the right to the personal interview, respectively laid down by Articles 4 and 5 of the Dublin III Regulation, are procedural safeguards which must be afforded to the applicant concerned by a take back procedure. Therefore, “the remedy provided for in Article 27 (1) of the Dublin III Regulation against a transfer decision must, in principle, *be capable of relating to the infringement of the obligations contained*” in Articles 4 and 5 of the Dublin III Regulation (para. 110; emphasis added). On that occasion, the Court specifically referred to the appeal against the transfer decision. Nevertheless, the same safeguard must be afforded to the applicant who challenges a decision not to use the discretionary clause which was adopted – after the transfer decision – and without

providing the applicant concerned with the said procedural rights. Insofar as the infringement of these rights does not affect the transfer decision but only impacts the decision not to use the discretionary clause, the applicant must be granted the right to challenge this latter decision *under EU law*.

Secondly, the Court could have applied, by analogy, its well-established case-law according to which where “the criminal proceedings at issue in the main proceedings amount to an implementation [...] of EU law, within the meaning of Article 51 (1) of the Charter, [the] referring court must also satisfy itself that the fundamental rights guaranteed by the Charter to the persons concerned in the main proceedings, in particular *those guaranteed in Article 47 of the Charter*, are respected” (Grand Chamber, judgment of 21 December 2021, Joined Cases C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 and C-840/19, *Euro Box Promotion*, para. 204; emphasis added). As it clearly emerges from this case-law, a criminal proceeding implementing EU law is enough to trigger the application of Article 47 of the Charter. Indeed, as remarked by a commentator, that provision is characterised by a wide scope which makes it difficult to distinguish between its scope and that of the Charter. Notably, “once there is a *sufficient link* to EU law for the Charter to apply at all, in accordance with the case law on Article 51, an effective remedy [...] has to be ensured” (A. WARD, *Article 47*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1211 ff.; emphasis added). In *AHY*, the Court could have stressed the wide scope of Article 47 of the Charter and found that its application is triggered by the use of the discretionary clause, as “an integral part” of the mechanisms set out in the Dublin III Regulation. More generally, the solution taken by the CJ in *AHY* is quite inconsistent (*contra*, see C. WARIN, *Mapping obligations, rights and remedies in the (future) Common European Asylum System (C-359/22, AHY v Minister for Justice)*, in *EU Law Live*, 2024). After recalling that, in line with its case-law, Article 47 of the Charter is applicable not only according to a narrow interpretation of this provision – where the right or freedom at issue is guaranteed by EU law –, but also in line with a broad approach – where the person concerned is the subject of (criminal) proceedings constituting an implementation of EU law –, the Court ruled out the chance to apply this latter solution to the Dublin procedure without justifying it.

To sum up, two ways were available to find that the right to an effective remedy against the decision not to use the clause must be guaranteed *under EU law*. However, even adopting a narrow interpretation of the scope of Article 47 of the Charter, an alternative (although “less satisfying”) solu-

tion was possible in order to ensure compliance with the *Fransson* principle according to which in all situations ruled by EU law fundamental rights must be guaranteed. The Court could have reformulated the preliminary question and referred to the right to be heard as a general principle of EU law (as for the CJ's power to reformulate preliminary questions, see among others, A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Milano, 1997, p. 141 ff.; U. ŠADL, A. WALLERMAN, "The referring court asks, in essence": Is reformulation of preliminary questions by the Court of Justice a decision writing fixture or a decision making approach?, in *European Law Journal*, 2019, p. 416 ff.). As it is well known, the right to be heard is enshrined in Article 41 of the Charter which limits its applicability on institutions, bodies, offices and agencies of the Union. In line with the wording of this provision, the CJ has systematically rejected the option to extend its scope of application to the Member States (see among others, judgment of 21 December 2011, Case C- 482/10, *Cicala*, para. 28). Nevertheless, according to a well-established case-law, "Article 41 of the Charter reflects a *general principle of EU law*, which is intended to apply to Member States when they implement that law" (see, among others, judgment of 22 September 2022, Case C-159/21, *Országos Idegenrendészeti F igazgatóság e a.*, para. 35). Notably, the Court clarified that the right to be heard – which is in turn a general principle of EU law which Member States must respect in the implementation of that law – entails that every person must have the chance to make known his/her views to the administration before the adoption of any individual measure liable to affect him/her adversely (see, *inter alia*, judgment of 22 November 2012, case C-277/11, *M.M.*, para. 85; as for the right to be heard in the field of asylum, cf. M. B. MORARU, *The European Court of Justice shaping the right to be heard for asylum seekers, returnees, and visa applicants: an exercise in judicial diplomacy*, in *European journal of legal studies*, 2022, p. 21 ff.). Insofar as the decision to make use of the discretionary clause implements EU law, *at least* the right to be heard must be guaranteed by the national administrative authority before the adoption of such a decision.

By taking one of the three solutions discussed here, the Court could have safeguarded a full consistency between the discretionary clause and the protection of EU fundamental rights.

6. Despite these questionable points, the *AHY* judgment added a meaningful piece to the CJ's case-law on the discretionary clause.

As mentioned above, the CJ has systematically stressed that the dis-

cretionary clause is a *prerogative* of the Member States which EU law must respect. Starting from this essential point, a wide margin of manoeuvre has been recognised by the CJ to the Member States in relation to the exercise of the discretionary clause and its judicial review.

Firstly, as already recalled, the Court systemically stressed that it is for the Member States to define the conditions where the discretionary clause applies.

Secondly, that discretion covers also the choice of the national authorities entitled with the power to apply the said clause. Each Member State can decide whether the exercise of the clause is reserved to the administrative authority or whether it is also up to the judiciary (in this regard, see judgment *MA*, cit., para. 65; see also the observations submitted by the European Commission in *Ministero dell'Interno*). Where the exercise of the discretionary clause is not a prerogative of the administration, the administrative decision refusing to apply the discretionary clause can be subject to full judicial review. As already recalled, in *Ministero dell'Interno*, the CJ clarified that in the specific circumstance where the judge hearing an action challenging the transfer decision disagrees with the interpretation of the authorities of the competent Member State in relation to the material conditions for the recognition of the international protection, the said judge has the *power* – not the obligation under EU law – to declare its Member State as responsible to examine itself the application by virtue of the discretionary clause. It follows that the Member States can entrust the judicial authority with the power to *fully assess* the administrative decision not to use the clause; in other words, the scope of justiciability of the clause is a matter of national law.

Finally, in *AHY*, the CJ stated that it is also up to national law to grant the possibility of challenging the decision not to use the discretionary clause throughout the appeal against the transfer decision. For the sake of clarity, it can be useful to specify the different focus of *Ministero dell'Interno* and *AHY*: the latter deals with the *source of the judicial review* of the decision on the discretionary clause; by contrast, in *Ministero dell'Interno*, the Court focused on the *scope* of the (possible) judicial review. After *AHY*, both of them are a matter of national law.

Against such a background, the *AHY* judgment can be seen as the ultimate and culminating moment of a case-law providing the Member States with an *increasing* margin of discretion about both the *exercise* of the discretionary clause and *its judicial review*.

To sum-up, the discretion inherent to the clause affects three elements whose definition is a matter of national law: a) *when* the discretionary clause

must be applied by the national authorities, b) *whether* the decision not to apply the discretionary clause taken by the administrative authority can be challenged before the national judge asked to annul the transfer decision, and – if this is the case – c) *whether* the said national judge can fully *assess* the administrative decision and declare its Member State as responsible to examine itself the application. In other words, the protection of the right to asylum *through the discretionary clause* and its effective judicial protection are purely a matter of national law.

It is worth remarking that this case-law is perfectly in line with – and represents an *ex ante* legitimisation of – the new Regulation on asylum and migration management entered into force on 11 June 2024 and repealing the Dublin III Regulation in the context of the new Pact on Migration and Asylum (Regulation (EU) 2024/1351 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 on asylum and migration management, amending Regulations (EU) 2021/1147 and (EU) 2021/1060 and repealing Regulation (EU) No 604/2013, PE/21/2024/REV/1, OJ L, 2024/1351, 22.5.2024). The new Regulation confirms the power of the Member States to use the discretionary clause (Article 35), but the right to challenge the decision on its application is ruled out (Article 43; more generally, the new Regulation is characterised by some significant restrictions of the scope of the right to an effective remedy which “back towards a purely intergovernmental framework” (S. PEERS, *Taking Rights Half-Seriously: the New EU Asylum Laws*, in *Yearbook of European Law*, 2024, forthcoming; similarly, cf. F. MAIANI, *Responsibility-determination under the new Asylum and Migration Management Regulation: plus ça change...*, in *Odysseus Network*, June 2024).

Before concluding, two main inferences can be drawn from the framework emerging from the case-law of the CJ (and the new Regulation on asylum and migration management).

Firstly, the wide margin of appreciation left to the Member States in relation to the discretionary clause paves the way to a fruitful synergy between EU law and the right to asylum as recognised under national law. In this regard, the Italian case is paradigmatic: the scope of the right to asylum is broader than the international protection under EU law (Article 10 (3) of the Italian Constitution and Article 19(1.1.) of the Legislative Decree 286/1998 “Consolidated law of the provisions concerning the immigration and rules on the status of foreigners”; in this regard, cf. C. FAVILLI, *The standard of fundamental rights protection in the field of asylum*, cit.). This synergy clearly emerges from some national decisions taken by Italian courts following the *Ministero dell’Interno* judgment (see, among others, the de-

cree taken by the Court of Trento on 29 February 2024 and the orders n. 10898 and 10903 of the Court of Cassation of 23 April 2024). Against this background, in spite of the *AHY* judgment, the Italian legal system must guarantee to the applicant the right to challenge the administrative decision not to apply the clause before the national judge hearing an action against the transfer decision (in this regard, it is worth mentioning the decree delivered by the Court of Florence on 23 May 2024. After extensively recalling the *AHY* judgment, the Court stated that the right to asylum and the right to the effective judicial protection, as enshrined in the Italian Constitution, imply that the applicant must be granted the right to challenge the administrative decision not to apply the clause before the national judge hearing an action against the transfer decision; moreover, according to the Court, this latter judge must fully review the administrative decision and incidentally assess whether the conditions for the grant of national protection, as set out in national law, are met).

Secondly, the wide margin of discretion left to the Member States by the CJ's case-law and by the new Regulation on asylum and migration management is likely to jeopardize the harmonisation which the EU legislator should pursue in the asylum field in compliance with Article 78 TFEU (as for the "(dis)harmonisation" characterising some provisions of the new Pact on Migration and Asylum, cf. AA. VV., *Proposal for a regulation addressing situations of instrumentalization in the field of migration and asylum, Substitute impact assessment, European Parliamentary Research Service, 2023*, p. 51). With specific regard to the "Dublin system", the wide margin of manoeuvre given to Member States in relation to the discretionary clause is likely to paradoxically compromise the historical and never-left objective of preventing the "asylum shopping" and "secondary movements" phenomena.

Abstract (ita)

Nella sentenza *AHY*, resa il 18 aprile 2024, la Corte di giustizia è tornata a pronunciarsi sulla giustiziabilità della clausola discrezionale prevista dal regolamento Dublino III. Il contributo si sofferma, in particolare, su due profili particolarmente problematici della sentenza. In primo luogo, il ragionamento svolto dalla Corte non risulta pienamente coerente con la propria precedente giurisprudenza in materia, in particolare con la sentenza *MA* che viene ad essere significativamente reinterpreta (se non, addirittura “riscritta”). In secondo luogo, la soluzione cui la Corte è giunta in *AHY* circa il rapporto tra la clausola discrezionale e l’ambito di applicazione dei diritti fondamentali nel diritto UE presenta numerosi profili di criticità. Dopo aver analizzato tali aspetti, il contributo evidenzia che la sentenza *AHY* rappresenta il momento culminante di una giurisprudenza tendente a riconoscere un crescente margine di discrezionalità agli Stati membri sia in relazione alle condizioni di esercizio della clausola che con riguardo alla sua giustiziabilità. Il post si conclude con alcune brevi considerazioni circa l’impatto di tale giurisprudenza negli ordinamenti nazionali e sul sistema comune europeo di asilo.

Abstract (eng)

In the *AHY* judgment (Case C-359/22), rendered on 18 April 2024, the Court of Justice provided further clarifications on the justiciability of the discretionary clause set out in the Dublin III Regulation. This blog post focuses on the two main problematic points affecting the judgment. Firstly, the Court’s reasoning is not fully coherent with its previous case-law on the discretionary clause, in particular with the *MA* judgment which, on that occasion, was significantly reinterpreted (if not really misinterpreted). Secondly, the solution taken by the Court in *AHY* on the interplay between the discretionary clause and the scope of application of EU fundamental rights is really questionable. After analysing these shortcomings, this blog post highlights that the *AHY* judgment can be seen as the ultimate and culminating moment of a case-law providing the Member States with an increasing margin of manoeuvre about both the exercise of the discretionary clause and its judicial review. Finally, the post remarks the impact of that case-law for both the national legal systems and the Common European Asylum System.

LIMITARE LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI CITTADINI: DA *NORDIC INFO BV C. BELGISCHE STAAT* ALLA FUTURA RIFORMA DEL CODICE SCHENGEN

Tolindo Fina (Dottorando di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Ferrara) – 17 luglio 2024

SOMMARIO: 1. Premessa: C-128/22, *Nordic Info BV c. Belgische Staat*. – 2. I fatti di causa: il procedimento principale. – 3. Il ragionamento della Corte: la prima questione pregiudiziale. – 4. Il ragionamento della Corte: la seconda questione pregiudiziale. – 5. Considerazioni conclusive: oltre le limitazioni alla libertà di circolazione.

1. Nel complesso contesto emergenziale generato dalla pandemia da COVID-19, la limitazione, di portata generale, della libera circolazione dei cittadini da parte delle autorità degli Stati membri ha rappresentato, a vario titolo, una soluzione spesso necessaria ed imprescindibile davanti alla rapida ed inesorabile diffusione del contagio.

Con la causa *Nordic Info BV c. Belgische Staat*, la Corte di giustizia è stata investita dal Tribunale di primo grado di Bruxelles, tramite rinvio pregiudiziale *ex* articolo 267 TFUE, proprio del compito di valutare la compatibilità della restrizione, prevista dalla normativa belga, di una simile libertà fondamentale, caposaldo dell'*acquis* comunitario (sul tema v. B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Milano, 2012; A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. STROZZI, R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea – Parte speciale*, Torino, 2021), con la direttiva 2004/38/CE (in seguito, la “direttiva”) e con il regolamento (UE) 2016/399 (in seguito, il “Codice Schengen”). Alla centralità del tema in esame si aggiungono anche le riflessioni sulla legittimità delle misure correlate, quali gli obblighi di quarantena e di tampone, oltre alle verifiche effettuate al fine di garantire il rispetto delle restrizioni.

Nello specifico, nella sentenza del 5 dicembre 2023, la grande sezione si è pronunciata sull'interpretazione degli articoli 27 e 29 della direttiva, letti in combinato disposto con gli articoli 4 e 5 della stessa, e degli articoli 22, 23 e 25 del Codice Schengen.

La sentenza in esame aggiunge un tassello importante alla giurisprudenza della Corte di giustizia sulle circostanze e le motivazioni che consentono una convivenza tra la libertà di circolazione delle persone e le disposizioni

nazionali potenzialmente compressive di questo diritto fondamentale; ovvero, in altri termini, su come il primo sia stato plasmato al fine di reggere anche le sfide poste dalla pandemia.

2. Le vicende da cui trae origine il rinvio pregiudiziale in esame risalgono all'estate del 2020, periodo in cui la diffusione di COVID-19 vedeva un lento sfumare della sua prima ondata di contagi. Il governo belga, in siffatte circostanze, aveva vietato in via precauzionale, con decreto ministeriale modificato il 10 luglio 2020, i viaggi non essenziali tra il Belgio e gli altri Stati membri dell'Unione e della zona Schengen designati come "zone rosse", con l'annesso obbligo, per ogni viaggiatore proveniente da un tale Paese, di sottoporsi a test diagnostici e osservare una quarantena al rientro in Belgio. La Svezia era annoverata tra le destinazioni classificate come zona rossa.

Di conseguenza, l'agenzia di viaggi belga Nordic Info BV, conformandosi alla normativa nazionale in vigore, disponeva la cancellazione di tutte le prenotazioni dirette verso la Svezia programmate per i mesi a venire. Tuttavia, con l'aggiornamento dei c.d. "codici colore" del successivo 15 luglio, parametrato sulla base della situazione epidemiologica europea, proprio la Svezia veniva inserita dal governo belga tra le destinazioni classificate come "zona arancione", categoria per la quale era prevista l'applicazione di un regime normativo differente – trattandosi di Paesi verso i quali e dai quali gli spostamenti erano soltanto sconsigliati, non più vietati, con diversa disciplina dedicata anche ai viaggiatori di rientro. Questa variazione determinava il ricorso della Nordic Info dinanzi al *Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg Brussel* (Tribunale di primo grado di Bruxelles di lingua neerlandese) per chiedere il risarcimento del danno causato dalle occasioni d'affari venute meno a causa della gestione dei citati codici colore.

In particolare, la ricorrente sosteneva che lo Stato membro in questione avesse violato gli articoli da 27 a 31 della direttiva 2004/38/CE, relativi alle limitazioni ai diritti di circolazione e, di conseguenza, quelle disposizioni nazionali che ne garantiscono la trasposizione all'interno dell'ordinamento belga. Va qui sottolineato, riprendendo gli articoli 27 e 29 della direttiva sulle limitazioni al diritto d'ingresso e sulle necessità legate ad esigenze di sanità pubblica, come la Nordic Info avesse inizialmente fatto un generale riferimento sia al divieto di uscita dal territorio belga (imposto ai cittadini belgi, ai cittadini dell'Unione non belgi residenti in Belgio nonché ai loro familiari), sia al divieto di ingresso nel Paese (imposto a tutti i cittadini dell'Unione e ai loro familiari). In concreto, però, la società avversava unicamente la legittimità del divieto di uscita e delle restrizioni al diritto di ingresso nello Stato

imposte ai cittadini dell'Unione non belgi e ai loro familiari, cui veniva data attuazione mediante l'obbligo di sottoporsi a test diagnostici e di osservare una quarantena una volta oltrepassato, in entrata, il confine nazionale.

Tale scenario si prestava pertanto all'opportunità di un chiarimento interpretativo sulla possibilità di una lettura combinata dell'articolo 27, par. 1, e dell'articolo 29, par. 1, della direttiva, al fine di comprendere se la giustificazione per motivi di salute pubblica sia applicabile per le sole restrizioni al diritto d'ingresso, come la ricorrente sembrava intendere, o sia valida anche per il diritto di uscita. Inoltre, l'agenzia di viaggi lamentava la violazione degli articoli 25 ss. del Codice Schengen, che permettono il ripristino temporaneo del controllo alle frontiere interne soltanto in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico e la sicurezza interna, e non in caso di minaccia grave per la sanità pubblica – fondamento attuativo, invece, dell'intervento governativo.

Infine, la Nordic Info contestava la mancanza di una corrispondenza tra le misure derivanti dal decreto ministeriale modificato e l'ambito di applicazione dell'articolo 23, lettera a), del Codice Schengen, sulle competenze di polizia da parte delle autorità nazionali. Lo Stato belga, dal canto suo, opponeva l'infondatezza del ricorso e ne chiedeva il rigetto.

Il Tribunale di primo grado di Bruxelles, *ergo*, tracciava e ricostruiva il perimetro normativo di riferimento a livello nazionale, derivante dagli articoli 18 e 22 del decreto ministeriale modificato: ai cittadini dell'Unione che soggiornano nel territorio belga (e ai loro familiari) veniva generalmente vietato di uscire dal Belgio per viaggi non essenziali verso i Paesi dell'Unione europea e dello spazio Schengen che, per evidenze epidemiologiche, erano stati catalogati come “zone rosse”; ai cittadini dell'Unione non belgi (e ai loro familiari) venivano imposte restrizioni all'ingresso – come quarantena e test diagnostici – per viaggi non essenziali verso il Belgio da Paesi dell'Unione europea e dello spazio Schengen catalogati come “zone rosse”.

Sulla base di questo presupposto, si sottoponevano alla Corte due questioni pregiudiziali. La prima, sull'interpretazione degli articoli 2, 4, 5, 27 e 29 della direttiva 2004/38/CE, che danno attuazione agli articoli 20 e 21 del TFUE, per verificarne la natura ostativa nei confronti del decreto ministeriale in oggetto; la seconda, sull'interpretazione degli articoli 1, 3 e 22 del Codice Schengen, col medesimo fine di verifica del carattere ostativo rispetto alle misure adottate dal governo belga.

3. La Corte, riunita in grande sezione, ha affrontato la prima questione pregiudiziale partendo proprio dall'analisi del testo della direttiva: più in

particolare, dall'articolo 27, par. 1, che, oltre ai motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, inserisce anche i motivi legati alla sanità pubblica tra le cause di limitazione della libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini europei (o dei loro familiari). Alle misure restrittive della libera circolazione per motivi di sanità pubblica è specificamente dedicato l'articolo 29, par. 1, che puntualizza quali patologie possono giustificare simili provvedimenti (ossia, quelle definite con potenziale epidemico dall'OMS o comunque infettive o parassitarie contagiose). La lettura dei suddetti articoli della direttiva tratteggia un contesto che sembra combaciare, senza particolari difficoltà esegetiche, con la situazione nazionale cui si riferivano i fatti del procedimento principale, circostanziati, alla luce di quanto aveva definito l'OMS per la malattia infettiva contagiosa del COVID-19, in un periodo di crisi pandemica tale da giustificare l'introduzione di limitazioni alla libertà di circolazione, con l'obiettivo di proteggere la popolazione dalla diffusione della malattia.

Se sulla legittimità delle restrizioni ai viaggi, in forza delle clausole derogatorie individuate dalla direttiva, non emergevano particolari dubbi, la ricostruzione afferente all'ambito di applicazione delle relative previsioni normative necessitava, d'altro canto, di una valutazione più articolata, che ne chiarisse l'applicabilità al solo diritto d'ingresso ovvero anche al diritto d'uscita. La Corte, sul punto, si è rifatta alle conclusioni dell'Avvocato generale Emiliou, che avevano chiarito come l'espressione "libertà di circolazione" sia sufficientemente ampia da ricomprendere anche il diritto d'uscita perché, nonostante l'articolo 29, par. 2, si occupi segnatamente del diniego d'ingresso, le restrizioni al diritto d'ingresso non sono le sole ad essere ammesse per motivi di sanità pubblica. La ragione di questa soluzione interpretativa è insita nello scopo intrinseco di detta disposizione: non elencare semplicemente tutte le restrizioni ammissibili alla libera circolazione ai sensi dell'articolo 27, par. 1, e dell'articolo 29, par. 1, bensì circoscrivere l'impiego di tale misura.

Inoltre, la Corte ha proceduto con la ricostruzione delle componenti essenziali della libertà di circolazione e, per il tramite della lettura in combinato disposto dell'articolo 1, lettera a), degli articoli 4 e 5 della direttiva e degli articoli 20 e 21 TFUE, ha chiarito come eventuali limitazioni della libertà in esame si riflettano necessariamente sulla contrazione di un duplice diritto: quello di lasciare il territorio di uno Stato membro per recarsi in un altro Stato membro (diritto di uscita) e quello di essere ammessi nel territorio di uno Stato membro (diritto di ingresso).

Se il riferimento all'articolo 1, lettera a), permette di delimitare l'oggetto

giuridico della direttiva, “le modalità d’esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri da parte dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari”, gli articoli 20 e 21 del TFUE, dedicati all’istituzione della cittadinanza dell’Unione e al riconoscimento del diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini europei, rappresentano il presupposto attuativo degli articoli 4 e 5 della direttiva, che definiscono le caratteristiche dei derivanti diritti, rispettivamente, di uscita e di ingresso (sentenza della Corte del 4 ottobre 2012, causa C-249/11, *Byankov*, punti da 30 a 36 e giurisprudenza ivi citata). Su quest’ultimo punto è opportuno citare ancora le conclusioni dell’Avvocato generale, il quale precisava come proprio l’articolo 5 della direttiva non possa giustificare l’indiscriminato rifiuto d’ingresso nel territorio, da parte dello Stato membro, ai propri cittadini, non solo perché la direttiva non trova applicazione in questa situazione (non disciplina l’ingresso dei cittadini dell’Unione nel proprio Stato membro, come precisato anche dall’articolo 3, par. 1, della direttiva stessa, che ne delimita l’ambito di applicazione: “La presente direttiva si applica a qualsiasi cittadino dell’Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza [...]”), ma anche per quanto affermato dal principio sancito dall’articolo 3, par. 2, del Protocollo n. 4 alla CEDU.

Sulle prerogative connesse al diritto d’ingresso, *ad abundantiam*, sempre l’Avvocato generale evidenziava come dall’articolo 29, par. 2, della direttiva non discenda nemmeno la possibilità per uno Stato membro di vietare l’ingresso nel proprio territorio, per motivi di sanità pubblica, ai cittadini di altri Stati membri che ivi risiedono; siffatta previsione non preclude però la facoltà d’imporre altri tipi di restrizione che non generino un effetto equivalente al diniego, come gli obblighi di quarantena e di tampone, a quei cittadini dell’Unione ai quali non può essere vietato l’ingresso nel territorio nazionale.

La Corte ha puntualizzato poi come né l’articolo 27, par. 1, né l’articolo 29, par. 1, ostassero alla portata generale delle misure introdotte dal decreto ministeriale belga: d’altronde, malattie dall’impatto epidemiologico così importante da configurare una problematica di sanità pubblica, per loro stessa natura incidono necessariamente su intere popolazioni, senza dipendere da comportamenti individuali.

Un aspetto fondamentale nella disamina del caso è rivestito dalle condizioni e dalle garanzie di cui devono essere corredate le misure restrittive della libera circolazione, compresi l’obbligo di sottoporsi a test diagnostici e di osservare una quarantena al rientro da una “zona rossa”. Come ha ritenuto la Corte, principi generali come il principio della certezza del diritto,

il principio di buona amministrazione e il principio di effettività della tutela giurisdizionale trovano la loro attuazione proprio nel complesso delle condizioni e delle garanzie previste agli articoli da 30 a 32 della direttiva, i quali valgono per misure restrittive adottate sia sotto forma di decisioni individuali sia sotto forma di atti di portata generale. Cosicché, lo Stato membro è tenuto a conformare la propria azione a tali principi (e alle norme della CDFUE che li consacrano) nel momento in cui restringe o delimita la libertà di circolazione in virtù di particolari circostanze (sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, cause riunite C-245/19 e C-246/19, *État luxembourgeois*, punto 66 e giurisprudenza ivi citata).

Sul presupposto di questa analisi, appare evidente come il tema della proporzionalità giochi un ruolo decisivo nella valutazione di una qualsiasi misura restrittiva della libera circolazione, stabilita per questioni di sanità pubblica (sentenza della Corte dell'8 marzo 2022, causa C-205/20, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, punto 31). Il test di proporzionalità, come ha argomentato la Corte, impone, nel caso di specie, una riflessione sulla posizione di preminenza che la salute e la vita delle persone occupano fra i beni e gli interessi protetti dai Trattati. In altre parole, l'idoneità dei provvedimenti adottati al fine di limitare l'espandersi del contagio può essere giudicata solo alla luce dell'obiettivo di interesse generale quale la tutela della salute pubblica; obiettivo che deve essere conciliato con la tutela dei diritti fondamentali, come, ad esempio, l'articolo 45 CDFUE (sentenza della Corte del 22 novembre 2022, cause riunite C-37/20 e C-601/20, *Luxembourg Business Registers*, punto 64, nonché sentenza della Corte del 26 aprile 2022, causa C-401/19, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, punto 66).

La Corte, fatte queste premesse, ha risposto alla prima questione pregiudiziale dichiarando che gli articoli 27 e 29 della direttiva, letti in combinato disposto con gli articoli 4 e 5, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla normativa di portata generale dello Stato del Belgio per fronteggiare la pandemia da COVID-19. Analogo giudizio di conformità è stato espresso dalla Corte con riferimento specifico all'obbligo di sottoporsi a test diagnostici e di osservare una quarantena all'entrata nel territorio belga in provenienza da uno di tali altri Stati membri ad alto rischio, purché la disciplina nazionale in discussione soddisfi le condizioni e le garanzie di cui agli articoli da 30 a 32 della direttiva e i diritti e i principi fondamentali sanciti dalla Carta, segnatamente il principio del divieto di discriminazioni, nonché il principio di proporzionalità.

4. Quanto alla seconda questione pregiudiziale, la ricorrente aveva rite-

nuto che le restrizioni applicate ai c.d. “viaggi non essenziali” fossero equiparabili a una verifica di frontiera, in violazione dell’articolo 23 del Codice Schengen, e comportassero un illegittimo ripristino del controllo alle frontiere interne nello spazio Schengen in violazione dell’articolo 25 del Codice. La Corte, in merito, ha da subito ricordato che la creazione di uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle persone costituisce un caposaldo solidissimo nell’architettura del diritto dell’Unione europea. Pur senza pregiudicare l’esercizio delle necessarie competenze di polizia da parte degli Stati membri (a norma dell’articolo 23, lett. a) del Codice), l’area Schengen rappresenta infatti uno dei massimi risultati dell’integrazione europea, teso a eliminare qualsivoglia controllo alle frontiere (secondo quanto stabilito dagli articoli 67, par. 2, e 77, par. 1, TFUE).

Una deroga a tale sistema, pienamente rilevante rispetto ai fatti del procedimento principale, è riportata dall’articolo 25 del Codice Schengen. È difatti prevista, in via eccezionale e solo temporaneamente, la possibilità di ripristinare, in tutti o solo alcuni punti, controlli alle frontiere interne dell’Unione in caso di minaccia grave per l’ordine pubblico o la sicurezza interna degli Stati membri. Un siffatto ripristino può avvenire solo come misura di *extrema ratio* e va ispirato al principio di proporzionalità sicché, per ogni eventualità, la durata di una temporanea restrizione del tipo in commento non deve superare quanto è strettamente necessario per rispondere alla minaccia e deve essere commisurata a quest’ultima (sentenza della Corte del 26 aprile 2022, cause riunite C-368/20 e C-369/20, *Landespolizeidirektion Steiermark*, punti 54, 63, 67 e 68). Gli accertamenti dei divieti di entrata e di uscita dal territorio belga erano effettuati, all’epoca dei fatti, in modo che i viaggiatori tra il Belgio e gli Stati dello spazio Schengen, se classificati come zone ad alto rischio, venissero sottoposti a controlli aleatori negli aeroporti, nelle stazioni ferroviarie e alle frontiere.

Secondo i giudici di Lussemburgo, gli obiettivi perseguiti dai controlli introdotti con il decreto ministeriale presentano delle essenziali differenze rispetto a quelli perseguiti dalle verifiche di frontiera. Non può dubitarsi, invero, che tali controlli avevano lo scopo di verificare se persone intenzionate ad attraversare le frontiere, o che avessero attraversato le frontiere, fossero autorizzate a lasciare il territorio belga o ad entrarvi. Tuttavia, a scongiurare l’equiparazione alle verifiche di frontiera, è la formulazione stessa del decreto ministeriale che, in maniera chiara, individua l’obiettivo principale di detti controlli nella necessità di limitare, con urgenza, la diffusione del COVID-19 nel territorio nazionale. Obiettivo di matrice sanitaria che è corroborato dall’obbligo, previsto per tutti i viaggiatori in entrata in Belgio e

provenienti da uno Stato dello spazio Schengen classificato come zona rossa, di sottoporsi a test diagnostici e di osservare una quarantena, in modo da provvedere, solo come conseguenza diretta della verifica epidemiologica, alla loro identificazione e al loro monitoraggio.

Inoltre, secondo la Corte, una differenza fondamentale va tracciata tra le previsioni normative inserite all'articolo 23, da un lato, e all'articolo 25, dall'altro. L'articolo 23 si caratterizza, dal canto suo, per un'impostazione normativa improntata alla generalità del contenuto: non è specificato l'oggetto sul quale le misure di polizia possono vertere, non è previsto un elenco esaustivo dei presupposti che queste devono soddisfare per non essere considerate come misure dotate di un effetto equivalente a quello delle verifiche di frontiera e manca, infine, un elenco degli obiettivi perseguibili attraverso le stesse (sentenza della Corte del 21 giugno 2017, causa C-9/16, *A*, punto 48). Siffatta previsione, quindi, ammette che si preservi il diritto degli Stati membri di esercitare competenze di polizia a prescindere dalla materia (e, dunque, anche nel settore in commento).

A contrario, l'articolo 25 del Codice Schengen fa esplicito riferimento, con una formulazione apparentemente chiusa, alla facoltà degli Stati membri di ripristinare temporaneamente controlli di frontiera in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna. Il processo interpretativo della disposizione in esame si è focalizzato proprio sulla definizione della portata che può assumere il concetto di ordine pubblico e su come possa giustificare talune limitazioni della libera circolazione (sul tema v. sentenza della Corte del 27 ottobre 1977, causa 30/77, *Bouchereau*, punto 34). L'Avvocato generale, in linea di continuità con la giurisprudenza in materia di libera circolazione (sentenza della Corte del 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Van Duyn*, punto 18 e *Byankov*, cit., punto 40), ne faceva presupporre l'esistenza in presenza di una "minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società". La pandemia di COVID-19, una malattia particolarmente contagiosa, potenzialmente mortale e in grado addirittura di saturare i sistemi sanitari nazionali, è certamente, secondo quanto dedotto dalla Corte, qualificabile come fenomeno tale da ledere un interesse fondamentale della società: una minaccia sanitaria può costituire una minaccia grave anche per l'ordine pubblico e/o la sicurezza interna (sentenza della Corte del 16 dicembre, causa C-137/09, *Josemans*, punto 65).

La risposta alla seconda questione pregiudiziale che hanno elaborato i giudici di Lussemburgo ha portato quindi a dichiarare che gli articoli 22, 23 e 25 del Codice Schengen devono essere interpretati nel senso che essi

non ostano alla normativa di uno Stato membro che, mediante il controllo delle autorità competenti, per esigenze legate a ragioni di sanità pubblica come quelle generate dalla pandemia di COVID-19, vieta l'attraversamento delle frontiere interne per viaggi non essenziali da o verso Stati dello spazio Schengen classificati come zone ad alto rischio. Tali misure di controllo devono rientrare nell'esercizio delle competenze di polizia senza replicare un effetto equivalente a quello delle verifiche di frontiera, ai sensi dell'articolo 23, lettera a), del Codice o, alternativamente, nel caso di un ripristino temporaneo di controlli alle frontiere interne, lo Stato membro deve garantire il rispetto delle condizioni poste dagli articoli da 25 a 28 del Codice, considerato che la minaccia causata da una pandemia come quella di COVID-19 è equiparata a una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, come da previsioni di cui all'articolo 25, par. 1, del medesimo Codice.

5. Il principale portato innovativo della pronuncia in commento non è determinato tanto dalle peculiarità del contesto emergenziale in cui i fatti si collocano, né dal giudizio di legittimità sulle misure adottate a livello nazionale, quanto piuttosto dall'essenza stessa dell'oggetto della limitazione. In passato, la Corte di giustizia si era già occupata della valutazione sulla legittimità delle misure adottate per controllare la diffusione di una malattia epidemica – nello specifico trattavasi dell'encefalopatia spongiforme bovina (BSE) – (sentenza della Corte del 5 maggio 1998, causa C-180/96, *Regno Unito c. Commissione*) ma, nel caso che ora ci occupa, i giudici del Kirchberg sono stati chiamati per la prima volta a pronunciarsi, in circostanze di contagio ancor più gravi, sulla compatibilità con il diritto dell'Unione europea delle restrizioni nazionali di carattere generale impattanti sulla libera circolazione delle persone.

La chiave di volta per addivenire ad una soluzione della vicenda, da ricercare nell'equilibrio tra gli interessi coinvolti e, in particolare, nella contrapposizione tra la lotta alle minacce alla sicurezza della società e le garanzie riconosciute dagli ordinamenti interni alle persone colpite dai provvedimenti adottati a tal fine, si concretizza in quella delicata operazione giuridica che è il bilanciamento dei diritti (sul tema v. I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in A. ODENNINO, E. RUOZZI, A. VITERBO, F. COSTAMAGNA, L. MOLA, L. POLI (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario: atti dell'Incontro di studio tra i giovani cultori delle materie internazionalistiche*, Napoli, 2010, p. 7 ss.). Se già la Corte si era confrontata con le limitazioni alla libertà

in questione, segnatamente anche in riferimento alla risposta contro i reati e il terrorismo (v. sentenza della Corte del 26 febbraio 1975, causa 67/74, *Bonsignore*; sentenza della Corte del 10 luglio 2008, causa C-33/07, *Jipa*; sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net e a.*), in *Nordic Info BV c. Belgische Staat* è stata portata ad intervenire in un nuovo e complesso scenario di straordinarietà, rappresentato dalla pandemia di COVID-19.

La pronuncia ammette chiaramente la possibilità, per uno Stato membro, di intervenire in ragione di una necessità preminente, quale il contenimento della crisi sanitaria, con disposizioni limitative della libertà di circolazione, la quale va estrinsecata nella sua duplice dimensione del diritto di ingresso e del diritto di uscita. I giudici di Lussemburgo riprendono la base dell'articolo 21 TFUE e superano così il confine della barriera letterale del capo VI della direttiva che, *prima facie*, appare restringere il campo di applicazione dell'articolo 27 e dell'articolo 29 alla sola facoltà di entrata nel Paese. Chiarito il perimetro d'attuazione della libertà di circolazione, come sancita anche dall'articolo 45 della Carta (sul tema v. A. ADINOLFI, O. PALLOTTA, *Commento all'art. 45 della Carta*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 827 ss.), possono essere approfonditi i criteri che guidano l'apposizione degli argini al diritto in commento.

Gli ostacoli introdotti sul fronte nazionale possono essere compatibili con le norme dell'Unione, e quindi con l'articolo 21 TFUE, se perseguono un interesse legittimo e sono proporzionati e necessari all'obiettivo (A. LANG, *Commento all'articolo 21 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, II ed., Milano, 2014, p. 504; sul tema v. C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2010; P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, 362 ss.). È proprio sul disegno del profilo di legittimità configurato dall'avvenimento pandemico che la Corte costruisce la sua risposta ai quesiti pregiudiziali sottoposti al suo giudizio. L'articolo 29, par. 1, della direttiva, corrobora inequivocabilmente l'assunto per il quale il verificarsi di una crisi sanitaria, come quella generata dalla malattia di COVID-19, non può sollevare particolari dubbi sulla giustificabilità di misure restrittive non discriminatorie. La natura del fenomeno in esame non integra soltanto un limite di sanità pubblica, che si sostiene sulle radici della preminenza della salvaguardia di un bene collettivo, ma prospetta addirittura la formazione di un limite generale alla circolazione che va oltre il potere discrezionale d'intervento degli Stati membri e

che l'Unione europea stessa ha favorito, nel rispetto delle sue competenze, nel periodo dei fatti di causa. Limite generale in quanto limite che esorbita dalle codificate fattispecie derogatorie invocabili sugli spostamenti delle persone, limite formalmente invisibile ma sostanzialmente percepibile in virtù di un indirizzamento comunitario e comune. È così che le istituzioni europee, avvalendosi di atti di *soft law*, hanno esortato un atteggiamento coordinato e collaborativo da parte dei Paesi coinvolti nella lotta alla pandemia senza paventare possibili scenari d'intervento differenti rispetto a quello della compressione del diritto sancito dall'art. 21 TFUE: il Consiglio, ad esempio, ha riconosciuto l'importanza di un approccio europeo finalizzato al rafforzamento dell'efficacia delle misure nazionali adottate ai confini e ai punti di entrata dell'Unione e la Commissione ha ribadito come le disposizioni restrittive della libertà di circolazione dovessero ispirarsi agli inderogabili principi di proporzionalità e non discriminazione (raccomandazione (UE) 2020/1475; COM(2020)1753 e COM(2020)3250; doc. 6038/20, conclusioni del Consiglio sulla Covid-19, riunione del 13 febbraio 2020, punto 15, lett. b; sul tema v. G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *I Post di AISDUE*, n. 7, 2020).

Ecco che il caso di specie va calato necessariamente in un più ampio quadro di gestione dell'emergenza che, nell'ottica d'insieme, coinvolge gli analoghi provvedimenti adottati da altri Stati membri e permette di analizzare come nella pratica, alla luce di una strategia politica posta in essere a livello europeo, la derogabilità dei diritti in oggetto abbia rappresentato, in assenza di alternative, una regola dell'agire comune legittimata dalle stesse istituzioni – per il tramite di atti di *soft law* (sul tema v. M. ELIANTONIO, O. ȘTEFAN, *The Elusive Legitimacy of EU Soft Law: An Analysis of Consultation and Participation in the Process of Adopting COVID-19 Soft Law in the EU*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2021). L'Unione europea ha così tratteggiato un limite generale agli spostamenti, salvo eccezioni (sul tema v. G. DI FEDERICO, *Unione europea della salute, emergenze e professioni critiche: verso una disciplina ad hoc per gli operatori sanitari?*, in *rivista.eurojus.it*, 2023, p. 147 ss.), che i singoli Paesi hanno provveduto a trascrivere andando incontro al chiaro bisogno di protezione delle popolazioni.

Sono gli articoli 51 e 47 della Carta e gli articoli da 30 a 32 della direttiva, come avviene in *Nordic Info BV c. Belgische Staat*, a controbilanciare le limitazioni previste, inquadrandole nel rispetto delle garanzie fornite dai principi di certezza del diritto, di buona amministrazione e di effettività della tutela giurisdizionale.

E la visione prospettica sottesa al ragionamento della Corte coinvolge, a maggior ragione, oltre alla disamina sulla direttiva, sui Trattati e sulla Carta, quella che concerne le previsioni del Codice Schengen. Appare evidente, come già chiarito, che il Codice stesso ammetta, a ben determinate condizioni, addirittura la reintroduzione temporanea del controllo alle frontiere interne *ex* articolo 25, par. 1 e, nel rispetto delle garanzie e delle condizioni tipizzate dagli articoli da 25 a 28, un superamento circoscritto degli articoli 22, 23 e 25. La diffusione del COVID-19 ha prodotto una veicolata sospensione alla libera circolazione e quindi una sospensione degli accordi di Schengen che, rendendo esplicita la chiusura delle frontiere esterne, nella sostanza, ha comportato una ricaduta anche sui confini interni (sul tema v. S. MONTALDO, *The COVID-19 Emergency and the Reintroduction of Internal Border Controls in the Schengen Area: Never Let a Serious Crisis Go to Waste*, in *europeanpapers.eu*, 2020, pp. 523-531). Se gli Stati membri, come sancito anche dalla direttiva, non possono negare l'ingresso ai soli cittadini dell'Unione che risiedono sul loro territorio, essi possono, tuttavia, adottare misure di controllo, monitoraggio e contenimento opportune nei confronti delle persone che entrano nel loro territorio da una zona ad alto rischio, a condizione che impongano le stesse misure ai propri cittadini (G. FIENGO, *Le misure di contenimento della diffusione del COVID-19: la sospensione dell'accordo di Schengen*, in *DPCE online*, 2020). L'esercizio delle competenze di polizia tramite giustificati controlli a campione nelle zone di frontiera esclude, come confermato dalle vicende del presente caso e dall'interpretazione in commento, il ricorso ad una reintegrazione effettiva del sistema di controllo interno, cosicché l'effetto potenzialmente simile alla reintroduzione di verifiche di frontiera si posiziona in completa conformità all'articolo 23 del Codice.

Il bilanciamento tra i diritti fondamentali e le esigenze di tutela della collettività, ancora una volta, funge da bussola per la valutazione di legittimità che è funzionale all'orientamento nella confusione della crisi sanitaria. La stessa formulazione dell'articolo 67 TFUE, non a caso, mette in luce la necessità di contemperamento tra le esigenze di libertà di circolazione e quelle di sicurezza, sia ai confini esterni dell'Unione, sia al suo interno (B. NASCIMBENE, A. DI PASCALE, *Le frontiere nel diritto dell'Unione europea: norme, evoluzione, significato*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 52).

La sentenza del 5 dicembre 2023, per i risultati cui addiuvine, è destinata ad impattare sul futuro della giurisprudenza legata alla libera circolazione dei cittadini, andando oltre le disposizioni della direttiva 2004/38/CE e del Codice Schengen. Se l'immediato scenario post-pandemico già

sembrava ispirare delle riflessioni su un possibile aggiornamento del Codice volto all'inserimento della salute pubblica tra i motivi che giustificano, *ex* articoli 25 ss., la reintroduzione dei controlli (F. SPITALERI, *Covid-19 e ripristino dei controlli alle frontiere interne*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2020, p. 389), tali valutazioni stanno attualmente trovando continuità nelle discussioni istituzionali sulla riforma del regolamento (UE) 2016/399. Il nuovo Codice Schengen, infatti, dovrebbe prevedere, oltre alle modifiche finalizzate al miglioramento della gestione dei flussi migratori (sul tema v. F. MATTHIES, *Schengen's Paper Pushbacks*, in *verfassungsblog.de*, 2024), l'introduzione della giustificazione per emergenza di sanità pubblica su vasta scala quale nuova ipotesi di legittimazione delle restrizioni temporanee di viaggio alle frontiere esterne. Sarà il Consiglio, tramite decisione, a consentire siffatta limitazione, con la possibilità di includervi anche misure di carattere sanitario (come test, quarantena e autoisolamento), salvando l'esenzione dalle restrizioni all'ingresso riconosciuta ai beneficiari del diritto alla libera circolazione, di protezione internazionale e ai soggiornanti di lungo periodo.

Durante la pandemia di COVID-19, l'Unione europea, come accennato, ha potuto rivolgere agli Stati membri solo raccomandazioni non vincolanti che, in concreto, ne hanno comunque avallato l'operato interno, senza osteggiare le limitazioni imposte sul piano nazionale o proporre a queste delle soluzioni alternative: riformare Schengen permetterebbe di codificare quanto la Corte, con il suo ragionamento, conformemente al quadro d'azione implicitamente caldeggiato dalle istituzioni europee, ha quindi già legittimato.

Il *fil rouge* che collega, tramite le vicende di *Nordic Info BV c. Belgische Staat*, le criticità emerse con la crisi sanitaria in tema di tutela dei diritti alla prossima modifica del Codice, acquisisce particolare rilievo anche in virtù della recente pubblicazione degli Orientamenti sulla libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari da parte della Commissione europea, ove l'intera sezione 13.2 è dedicata alle restrizioni per ragioni di sanità pubblica e, con una ricostruzione esaustiva della disciplina applicabile, si ribadisce il ruolo centrale che gioca il bilanciamento dei diritti nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione (P. CARBINI, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla legittimità delle misure restrittive della libertà di circolazione durante il Covid-19*, in *rivista.eurojus.it*, 2023).

È verosimile, per quanto ricostruito, che la pronuncia della Corte, intercettando le esigenze proprie della straordinarietà di un momento critico, possa fungere da precedente giurisprudenziale di riferimento: non solo per il chiarimento fornito sull'ammissibilità, a fronte del riconoscimen-

to delle dovute garanzie per il cittadino – discendenti dal bilanciamento di interessi e diritti in gioco, della generalizzata compressione di un diritto fondamentale in circostanze emergenziali, ma anche per la sottesa visione di un comune e superiore limite europeo di legittimazione che vada oltre le previsioni normative esistenti. Lo sviluppo del caso C-128/22 potrebbe così rappresentare la base di partenza per la soluzione di eventuali casi analoghi, specie se contestualizzati nel medesimo periodo storico segnato dalla pandemia da COVID-19.

Abstract (ita)

Il presente contributo si propone di analizzare la causa C-128/22, con la quale la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sul tema della limitazione della libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione europea in un contesto emergenziale come quello rappresentato dalla pandemia da COVID-19. Nello specifico, la Corte ha dovuto valutare la compatibilità di una simile restrizione, per come disposta dal governo belga, con la direttiva 2004/38/CE e con il regolamento (UE) 2016/399. Alla centralità del tema in esame si aggiungono anche le riflessioni sulla legittimità delle misure correlate, nel caso di specie, alla compressione di un diritto fondamentale come quello sancito dall'art. 21 TFUE. Il bilanciamento degli interessi coinvolti rappresenta la chiave interpretativa per risolvere la contrapposizione tra la necessità d'intervento, che scaturisce dalla lotta alle minacce alla sicurezza della società, ed il riconoscimento ai cittadini delle libertà e delle garanzie sancite dall'Unione europea e dagli stessi Stati membri. La pronuncia della Corte, e quindi il ragionamento prodotto sulle questioni pregiudiziali che le sono state sottoposte, potrebbe rappresentare un precedente di riferimento nella giurisprudenza sul tema, una base di partenza per esplorare l'effettiva consistenza dei limiti e delle opportunità presenti nel sistema sorretto dalla direttiva sulla libera circolazione e dal regolamento Schengen.

Abstract (eng)

This article aims to analyze Case C-128/22, wherein the Court of Justice was called upon to address the issue of restricting the free movement of EU citizens during an emergency context, specifically the COVID-19 pandemic. In particular, the Court had to assess the compatibility of such a restriction, imposed by the Belgian government, with Directive 2004/38/EC and Regulation (EU) 2016/399. At the heart of this discussion are thoughts on the legitimacy of measures associated with the restriction of a fundamental right, as enshrined in Article 21 TFEU. Balancing the interests involved is crucial to solving the conflict between the need for action arising from the fight against threats to the security of society and the recognition of the freedoms and guarantees granted to citizens by the European Union and its Member States. The Court's ruling, and therefore the reasoning developed on the preliminary questions before it, could set a significant precedent in jurispru-

dence on this matter, serving as a basis for exploring the actual scope of limitations and opportunities within the framework supported by the Directive 2004/38/EC and the Schengen Regulation.

LE CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE IN *MIRIN*: UN NUOVO TASSELLO NEL PUZZLE DEL RICONOSCIMENTO DEGLI *STATUS PERSONALI*

Irene Marchioro (Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università di Padova) – 31 luglio 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione al caso e stato dell'arte in materia di riconoscimento del mutamento di genere. – 2. I precedenti della Corte di giustizia e la giurisprudenza della Corte EDU. – 3. Rilievi critici: (i) La scissione tra il riconoscimento del nome e il riconoscimento del genere. – 4. (ii) Le ripercussioni sugli atti di stato civile relativi ai familiari. – 5. (iii) L'identità nazionale degli Stati membri alla prova dei mutamenti di genere.

1. Nel mese di maggio 2024 sono state presentate le conclusioni dell'Avvocato generale de la Tour nel caso C-4/23 (*Mirino*), in materia di riconoscimento, nello Stato di origine, del cambiamento di prenome e di genere avvenuto nello Stato membro di residenza di cui il cittadino dell'Unione possiede altresì la cittadinanza (per i primissimi commenti si rimanda a J. VON HEIN, *Advocate General in Case Mirin (C-4/23): Refusal of Recognition of a New Gender Identity Legally Obtained in another Member State Violates the Freedom of Movement and Residence of EU Citizens*, in *ConflictOfLaws.net*, 8 May 2024; H. LUKU, *AG De La Tour's Opinion in Mirin on the Recognition of Change of Gender*, in *EAPILblog*, 27 May 2024). Nello specifico, un cittadino rumeno naturalizzato britannico, registrato alla nascita come avente sesso femminile, chiedeva alle autorità rumene di rilasciare un nuovo certificato di nascita che rispecchiasse la sua identità di genere maschile, acquisita nel Regno Unito tramite due procedure di tipo amministrativo, ossia il *deed poll* (con cui avviene il cambio di nome) e il rilascio di un GRC (certificato di riconoscimento del genere) da parte di un apposito comitato. Il servizio di stato civile competente rifiutava tale servizio in quanto, secondo la legislazione rumena, le annotazioni dei cambiamenti di stato civile derivanti da mutamento di genere sono registrabili unicamente sulla base di una decisione giudiziaria passata in giudicato che, nel caso di specie, non era presente. Pertanto, il ricorrente avrebbe dovuto avviare fin dall'inizio un distinto procedimento giudiziario in Romania, volto a far accertare il cambiamento di genere; procedimento che, tuttavia, la Corte EDU ha ritenuto privo di chiarezza e prevedibilità (sentenza della Corte EDU del 19 gennaio 2021, ric. nn. 2145/16 e 20607/16, *X e Y c. Romania*).

Il giudice di primo grado investito del ricorso avverso il rifiuto opposto dal servizio di stato civile sollevava due questioni pregiudiziali di fronte alla Corte di giustizia. Con la prima, chiedeva se, in una situazione come quella descritta, il rifiuto di annotare il cambiamento di genere osti all'esercizio dei diritti di cittadinanza europea e, in particolare, del diritto di circolare e soggiornare liberamente in Unione. Con la seconda, poneva la questione dell'impatto della Brexit sul caso in esame. Quanto a quest'ultima questione, ci si può limitare a riportare sinteticamente l'argomento – condivisibile – dell'Avv. gen. secondo il quale il GRC rilasciato dalle autorità britanniche va considerato *ratione temporis* come un documento ufficiale di uno Stato membro, in quanto emanato nel periodo di transizione durante il quale il diritto dell'Unione era applicabile nel territorio del Regno Unito, a nulla rilevando il fatto che, in seguito, il recesso ha avuto definitivamente luogo.

Prima di affrontare il merito della soluzione proposta dall'Avvocato generale e i relativi profili critici, è opportuno tratteggiare i contorni del panorama normativo in materia di riconoscimento dei cambiamenti di genere. A tal proposito, giova ricordare in primo luogo che le questioni relative allo stato delle persone sono espressamente escluse dall'ambito di applicazione dei regolamenti europei in materia di cooperazione civile. L'unica eccezione è rappresentata dal regolamento 2016/1191 sulla semplificazione dei requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea, in particolare quelli relativi alla vita e allo stato civile di una persona, senza, tuttavia, che esso si applichi “al riconoscimento in uno Stato membro degli effetti giuridici relativi al contenuto dei documenti pubblici rilasciati dalle autorità di un altro Stato membro” (cfr. art. 2(4) del regolamento).

Dal punto di vista delle legislazioni nazionali, pressoché tutti gli Stati membri ammettono, perlomeno in linea teorica, il riconoscimento di un mutamento di genere avvenuto all'interno del loro territorio, seppur a condizioni tra loro molto differenti (v. relazione della direzione generale “Giustizia e consumatori” della Commissione europea, *Legal Gender Recognition in the EU*). In alcuni Stati membri, infatti, le procedure di accesso al riconoscimento del mutamento di genere non sono definite, il che pregiudica la certezza delle relative situazioni giuridiche, al punto da non potersi escludere che esse siano riconosciute solo sulla carta; altri subordinano l'accoglimento della richiesta ad una qualche tipologia di intervento e/o accertamento medico; altri ancora non prevedono alcuna forma di esame medico, ma richiedono pur sempre che l'accertamento del mutamento di genere avvenga per mezzo di una procedura giudiziale; altri, infine, ritengono sufficiente che un individuo dichiari formalmente come intende autodeterminarsi, senza il tramite di una procedura giudiziale.

In soli due Stati membri il riconoscimento legale del mutamento di genere è espressamente escluso, ossia l'Ungheria e la Bulgaria. In Ungheria, nel 2020 è stato adottato un atto che ha vietato il riconoscimento legale dei cittadini transessuali e intersessuali (v. M. HOLROYD, *Hungary Passes Bill Ending Legal Gender Recognition for Trans Citizens*, in *euronews*, 20 May 2020). In Bulgaria, la Corte di Cassazione e la Corte costituzionale sono intervenute per colmare il vuoto lasciato dal legislatore in materia, ed entrambe hanno ritenuto che la Costituzione e la legislazione bulgare siano strutturate sul presupposto dell'esistenza (solo) binaria dell'essere umano, il cui sesso viene determinato alla nascita e perduto con la morte; diversamente, il riconoscimento del mutamento di genere potrebbe portare alla registrazione di matrimoni o rapporti di genitorialità omosessuali (v. T. PETROVA, *Barring Legal Gender Reassignment in Bulgaria*, in *verfassungsblog.de*, 2 May 2023).

Quanto, infine, al riconoscimento degli effetti, all'interno di uno Stato membro, di un mutamento di genere avvenuto in un diverso Stato membro, la maggior parte dei Paesi dell'Unione non prevede norme *ad hoc*, così che dovrebbero ritenersi applicabili le regole che disciplinano, in generale, il riconoscimento degli *status* acquisiti all'estero (cfr. S. GÖSSL, *From Question of Fact to Question of Law to Question of Private International Law: the Question whether a Person is Male, Female or...?*, in *Journal of Private International Law*, 2016, p. 266 ss.). Fanno eccezione il Portogallo, la Svezia e l'Irlanda, che regolano specificamente il riconoscimento degli effetti di un cambio di genere ottenuto all'estero richiedendo il rispetto di alcune condizioni, come la legalità della procedura in base alle regole dell'ordinamento in cui è avvenuto il mutamento o la sussistenza di un collegamento tra il soggetto e quell'ordinamento (cittadinanza o residenza).

2. Nella sua giurisprudenza, la Corte di giustizia non ha mai affrontato, prima di questa occasione, il tema del riconoscimento del mutamento di genere avvenuto in un diverso Stato membro. Vi sono tuttavia delle decisioni che affrontano temi rilevanti in relazione a singoli aspetti di questa vicenda. Esse possono essere raggruppate in tre categorie.

La prima raccoglie le decisioni della Corte relative a violazioni del principio di non discriminazione nei confronti di persone transessuali in una molteplicità di aspetti della vita, che vanno dal licenziamento discriminatorio (sentenza del 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P/S e Cornwall County Council*), alla discriminazione nell'accesso alla pensione di reversibilità (sentenza del 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *K.B.*) e alla pensione di anzianità (sentenza del 27 aprile 2006, causa C-423/04, *Richards*), anche quando tale

accesso è impedito dall'impossibilità di riconoscere il cambiamento di genere a causa di una precondizione illegittima, come l'obbligo di annullare il proprio matrimonio (sentenza del 26 giugno 2018, causa C-451/16, *MB*; tutte queste decisioni sono commentate in S. OSELLA, *The Court of Justice and Gender Recognition: A Possibility for an Expansive Interpretation?*, in *Women's Studies International Forum*, 2021, p. 3 ss.).

La seconda riguarda le sentenze della Corte in materia di stato civile, ossia quella serie di decisioni relative all'obbligo, per uno Stato membro, di aggiornare l'atto di nascita di un cittadino dell'Unione in modo tale da riconoscere il nome o il cognome acquisito altrove, nell'esercizio del suo diritto di circolare liberamente. Il rifiuto da parte delle autorità nazionali di procedere in tal senso, infatti, potrebbe ostacolare la libera circolazione di quell'individuo. Sono tuttavia fatte salve quelle procedure interne di cambiamento del nome che rispettino i principi di equivalenza e di effettività (v. sentenza dell'8 giugno 2017, causa C-541/15, *Freitag*, punti 41 e 42).

La terza è rappresentata dai *leading cases* *Coman* (sentenza del 5 giugno 2018, causa C-673/16) e *Pancharevo* (sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20) in materia di riconoscimento di *status* familiari acquisiti all'estero. Come avverte l'Avv. gen., da queste sentenze non si può "trarre alcun argomento relativo agli obblighi in materia di tenuta dello stato civile", in quanto esse riguardano unicamente "le conseguenze amministrative che atti dello stato civile formati in uno Stato membro devono produrre in un altro Stato membro" (par. 38 delle conclusioni). Esse rilevano, piuttosto, per la parte in cui affrontano le possibili giustificazioni ad un ostacolo alla circolazione derivante dal mancato riconoscimento dello *status* acquisito all'estero, benché (come si vedrà) l'Avv. gen. nelle sue conclusioni tralasci completamente di affrontare questo aspetto.

Va infine ricordato che *Mirin* è solo uno di diversi casi pendenti in materia di riconoscimento del cambio di genere, da un lato, e di aggiornamento degli atti di stato civile, dall'altro. Sotto il primo profilo si segnala, in primo luogo, il caso C-247/23, in cui un rifugiato iraniano residente in Ungheria chiede che l'indicazione del proprio sesso di nascita femminile venga rettificata nel registro ungherese in materia di asilo, invocando a tal fine – in assenza di una normativa nazionale in materia – il rispetto dell'art. 16 GDPR sul diritto alla rettifica dei dati personali inesatti. Nel caso C-43/24, invece, il ricorrente bulgaro censura l'impossibilità di ottenere, in Bulgaria, il riconoscimento legale del proprio mutamento di genere facendo riferimento alle norme europee in materia di uguaglianza tra i cittadini dell'Unione, libera circolazione, divieto di discriminazione e tutela giurisdizionale effettiva. In

materia di aggiornamento degli atti di stato civile, si segnala il caso C-713/23, in cui il ricorrente mira a superare i limiti posti dalla giurisprudenza *Coman*, in quanto pone la Corte di giustizia di fronte alla questione della compatibilità con il diritto dell'Unione (e in particolare con gli artt. 20 e 21 TFUE, 7 e 21 CDFUE, 2 (2) direttiva 2004/38/CE) della normativa polacca che impedisce di trascrivere nel registro dello stato civile l'atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso legalmente contratto in un altro Stato membro, così impedendo che i ricorrenti possano soggiornare in Polonia con lo stesso stato civile e lo stesso cognome acquisito all'estero.

Il tema del rapporto tra discipline nazionali restrittive in materia di mutamento di sesso e possibili violazioni dei diritti fondamentali dell'individuo è stato affrontato approfonditamente e in numerose occasioni dalla Corte EDU. Senza poter, in questa sede, ripercorrere in modo approfondito la relativa giurisprudenza, ci si limiterà a ricordare che la Corte di Strasburgo ha avuto modo di affermare che il diritto all'autodeterminazione, allo sviluppo personale e all'integrità fisica e morale delle persone transessuali ricade nell'ambito di tutela dell'art. 8 CEDU (v. sentenza del 12 settembre 2003, ric. n. 35968/97, *Van Kück c. Germania*; sentenza dell'8 gennaio 2009, ric. n. 29002/06, *Schlumpf c. Svizzera*; sentenza del 10 marzo 2015, ric. n. 14793/08, *YY c. Turchia*), così che il mancato riconoscimento di un mutamento di genere ne implica la relativa violazione (v. in particolare sentenza dell'11 giugno 2002, ric. n. 28957/95, *Christine Goodwin/Regno Unito*). La Corte ha altresì censurato normative nazionali che impediscono o ritardano la modifica del nome a seguito del cambiamento di genere (sentenza dell'11 ottobre 2018, ric. n. 55216/08, *S.V./Italia*) e che subordinano il riconoscimento del cambiamento al fatto di essersi sottoposti ad un'operazione chirurgica (sentenza del 6 aprile 2017, ric. nn. 79885/12, 52471/13 e 52596/13, *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*). La Corte si è occupata di quest'ultimo tema anche in un caso contro la Romania e in tale contesto ha altresì accertato che la procedura di assegnazione di un nuovo genere prevista dalla autorità rumene manchi di chiarezza e di prevedibilità (v. sentenza *X e Y c. Romania*, sopra citata).

Fatte queste opportune premesse, è possibile entrare nel merito degli argomenti presentati nelle conclusioni, i quali si prestano a tre diverse critiche.

3. Nelle sue conclusioni, l'Avv. gen. scinde la questione del riconoscimento del nuovo prenome da quella del riconoscimento del nuovo genere, ritenendo le due fattispecie non necessariamente legate tra loro (v. par. 61

delle conclusioni). A tal proposito, egli ricorda che il rifiuto di riconoscere il prenome acquisito in un altro Stato membro costituisce una restrizione alla libertà di circolazione di cui all'art. 21 TFUE (par. 58). Ne discende, poiché “il giudice del rinvio non potrebbe invocare giustificazioni relative all'ordine pubblico o alla parità di trattamento per rifiutare il cambio di prenome” (par. 60), che tale articolo osta a che uno Stato membro rifiuti di iscrivere in un registro dello stato civile il prenome acquisito in un altro Stato membro a seguito di un cambio di sesso (par. 64).

Questa scelta interpretativa non pare convincente. L'idea stessa per cui non vi sarebbe “alcuna difficoltà” (par. 61) a dissociare il riconoscimento del nome da quello del genere appare, infatti, troppo semplicistica, e lo stesso vale per l'affermazione secondo cui non sarebbe invocabile alcuna giustificazione relativa all'ordine pubblico per rifiutare il cambio di prenome. In realtà, i due temi sono tra loro strettamente legati, in quanto, a parere di chi scrive, l'Avv. gen. non tiene in debita considerazione il fatto che le norme degli Stati membri in materia di ordinamento di stato civile potrebbero non ammettere l'indicazione di un prenome femminile legato a un genere maschile, e viceversa.

Ciò avviene per esempio in Italia, dove l'art. 35, co. 1, del D.P.R. 396/2000 prevede espressamente che “il nome imposto al bambino deve corrispondere al sesso”. In Polonia, come nota lo stesso Avv. gen. (par. 58 delle conclusioni), il nome di una persona di sesso femminile termina in “a” anziché in “i”. In Romania non esiste una norma specifica sulla dissociazione tra nome e genere, ma l'art. 84, co. 2, del codice civile vieta di registrare nomi che siano indecenti, ridicoli o comunque di tale tenore, e la cui natura contrasti con l'ordine pubblico e il buon costume o l'interesse del bambino: non è difficile immaginare, quindi, che l'ufficiale di stato civile possa negare di registrare un maschio con un nome femminile, o viceversa. In effetti, uno Stato membro ben potrebbe opporsi alla registrazione di un cambio di prenome incoerente con il sesso indicato nei registri di stato civile invocando motivi di buon costume, di ordine pubblico o anche di identità nazionale, se si pensa, per esempio, alle sentenze che hanno ritenuto che la struttura costituzionale della Bulgaria presupponga la natura solo binaria dell'uomo.

Nell'escludere che siano invocabili giustificazioni per il rifiuto del cambio di prenome, l'Avv. gen. cita la sentenza *Bogendorff* (sentenza della Corte di giustizia del 2 giugno 2016, causa C-438/14), relativa alla modifica del cognome e del prenome del ricorrente, in cui la Corte aveva stabilito che una ragione oggettiva che avrebbe potuto in astratto giustificare il rifiuto di riconoscere il cambiamento del cognome non poteva invece applicarsi al rifiuto

di riconoscere il cambiamento del prenome (punto 83 della decisione). Con questa affermazione, tuttavia, la Corte non ha certo inteso fissare un obbligo assoluto di riconoscere i cambi di prenome *in ogni caso*; ha semplicemente osservato – come era ovvio in quella fattispecie specifica – che l'argomento del governo tedesco, che si opponeva al riconoscimento del nome del ricorrente in quanto composto da titoli nobiliari e quindi contrastante con il principio di uguaglianza tra i cittadini tedeschi, poteva tutt'al più applicarsi al cognome, ma non al prenome, che era privo di riferimenti nobiliari.

La Corte, quindi, non si è mai pronunciata su giustificazioni che si frappongano specificamente al riconoscimento di un cambio di prenome, cosicché non si può dare per scontata la sua posizione di fronte a un ordinamento che rifiuti di abbinare un nome femminile al genere maschile, o viceversa. Non pare convincente, pertanto, la tesi secondo cui il riconoscimento del nome e del genere si pongono come problemi distinti, che possono essere esaminati separatamente con esiti divergenti.

4. Nella seconda parte del ragionamento, l'Avv. gen. si chiede se la giurisprudenza in materia di nome si possa applicare anche all'indicazione del sesso nell'atto di nascita. In caso di risposta affermativa, infatti, si potrebbe senz'altro concludere che il rifiuto delle autorità rumene costituisce, anche in questo caso, un'ingiustificata restrizione alle libertà conferite dall'art. 21 TFUE (par. 81). Quest'applicazione analogica, tuttavia, si scontra con il fatto che la modifica del genere di un individuo incide non solo sul suo *status* personale, ma anche su quello familiare (parr. 85 e 86), con reazioni a catena su altri documenti dello stato civile, rispetto ai quali gli Stati non sono gravati da alcun obbligo discendente dal diritto dell'Unione (come ribadito dalla Corte in *Coman e Pancharevo*). Da qui, la soluzione di compromesso proposta da de la Tour: limitare l'obbligo di riconoscimento del nuovo genere ai soli atti di stato civile che servono all'identificazione e alla circolazione della persona, come atto di nascita, carta di identità, titolo di soggiorno e passaporto, senza imporre l'aggiornamento degli atti di stato civile relativi ai familiari dell'interessato (parr. 93-95).

È lo stesso Avv. gen. ad avvertire che questa soluzione “non è certamente soddisfacente dal punto di vista del diritto al rispetto della vita familiare e dell'interesse superiore del minore, in quanto la persona transgender deve poter dimostrare i suoi legami familiari stabiliti mediante atti di stato civile” (par. 96). In effetti, il rilascio della sola carta di identità o altro documento di identificazione che corrisponda al sesso acquisito all'estero non rappresenta necessariamente un vantaggio per il richiedente, anzi, in alcuni casi potrebbe

risultare addirittura controproducente. Durante un soggiorno in uno Stato estero, per esempio, la non corrispondenza tra il soggetto che compare nei documenti identificativi e colui che compare negli atti relativi ai suoi familiari potrebbe avere conseguenze molto negative rispetto all'accesso al welfare dello Stato ospitante o al riconoscimento dei diritti di soggiorno dei familiari non cittadini europei.

Premesso tutto questo, sorge però il dubbio che l'Avv. gen. si sia messo in una posizione scomoda con le sue stesse mani. La domanda del ricorrente in *Mirin* riguardava, in effetti, unicamente l'aggiornamento del suo atto di nascita, non di altri eventuali atti relativi ai suoi familiari. La soluzione di de la Tour, invece, contestualmente: (i) presuppone che una risposta esaustiva al quesito posto alla Corte debba prendere in considerazione anche gli atti di stato civile relativi ai familiari; (ii) ne deduce, pertanto, di doversi "intromettere" nel tema delle ripercussioni di un cambio di sesso sui rapporti familiari dell'individuo, tema rispetto al quale non vi è alcun consenso a livello di Unione e che non veniva posto dal ricorrente nel caso presentato alla Corte; (iii) conclude, infine, che l'obbligo di annotare la modifica degli elementi identificativi del soggetto debba limitarsi al suo atto di nascita.

Insomma, le conclusioni dell'Avvocato generale dicono troppo, perché affrontano un tema che poteva essere omesso, nella misura in cui è **sufficiente che la Corte dichiari** che la mancata annotazione del nuovo nome e genere nell'atto di nascita dell'interessato costituisce una restrizione vietata alle libertà di circolazione previste nel trattato. Tale affermazione avrebbe come normale e naturale conseguenza che, una volta adempiuto l'obbligo di aggiornare l'atto di nascita e i documenti identificativi di quell'individuo, lo Stato richiesto del riconoscimento determinerà le ripercussioni del cambio di genere sugli altri atti di stato civile secondo le proprie norme.

Allo stesso tempo, quelle conclusioni dicono troppo poco. Ove si scelga, come fa l'Avv. gen., di affrontare il tema degli effetti che il riconoscimento del cambio di genere può produrre in relazione agli atti dei familiari, infatti, sembrerebbe opportuno soffermarsi su una serie di questioni ulteriori rispetto a quelle prese in considerazione nelle conclusioni.

Data l'ovvia premessa che l'Unione non ha la competenza per disciplinare i rapporti familiari sostanziali né la tenuta dei relativi registri, l'Avvocato generale avrebbe potuto rilevare, per esempio, che la Romania subordina il riconoscimento di un cambio di genere allo scioglimento di un eventuale matrimonio preesistente. Pertanto, all'obbligo – discendente dal diritto dell'Unione – di aggiornare l'atto di nascita rumeno, non si affianca alcun obbligo di fare salvo l'eventuale matrimonio contratto in Romania. Questo

avrebbe permesso altresì di precisare che il matrimonio contratto in un diverso Stato membro in cui esso conserva validità anche a seguito del mutamento di sesso rimane riconoscibile in Romania secondo la formula *Coman*.

Un discorso analogo può essere fatto rispetto agli atti di filiazione. La Romania non riconosce la genitorialità omosessuale e, pertanto, **è indubbio** che gli atti di filiazione non possono venire modificati per rispecchiare la nuova identità di genere acquisita altrove (così come quella acquisita in Romania). Questo corrisponde a quanto avviene nella grande maggioranza dei Paesi europei, in cui il cambio di genere non incide sui ruoli rispettivi (madre – padre) indicati negli atti di nascita dei figli, che continueranno a rispecchiare il sesso biologico dei genitori e non il genere che è stato scelto successivamente (v. il documento pubblicato dall'associazione TGEU, *Trans Rights Map 2024*). Come ha accertato la Corte EDU, peraltro, la scelta di non aggiornare gli atti di nascita dei figli ai fini di rispecchiare l'identità di genere acquisita dai genitori non viola i diritti contenuti nella Convenzione. L'assenza di consenso tra gli Stati in questa materia, infatti, riflette il fatto che l'interazione tra i cambiamenti di genere e la qualità di genitore suscita degli interrogativi delicati di ordine etico, e per tale motivo gli Stati devono, in linea di principio, vedersi accordato un ampio margine di apprezzamento (v. sentenze della Corte EDU del 4 aprile 2023, ric. nn. 53568/18 e 54741/18, *O.H. e G.H. c. Germania*, in particolare punto 114, e ric. n. 7246/20, *A.H. e a. c. Germania*).

Un discorso di questo genere avrebbe permesso di evidenziare a contrariis che cinque Stati dell'Unione riconoscono la genitorialità transessuale (il Belgio, la Finlandia, Malta, la Slovenia e la Svezia); un mutamento di genere in uno di quegli Stati, quindi, determinerebbe anche una modifica degli atti di filiazione ivi formati, con conseguente obbligo di riconoscimento “alla *Pancharevo*” anche in un Paese come la Romania.

Quindi, in sostanza, se è ovvio che il riconoscimento del nuovo genere non può comportare surrettiziamente l'introduzione del matrimonio omosessuale o di nuove forme di filiazione negli Stati dell'Unione, è riduttivo concludere che tale riconoscimento non possa in alcun caso avere effetti sugli atti di stato civile che concernono i familiari.

5. Da ultimo, la posizione dell'Avv. gen. appare criticabile perché omette di affrontare due grandi temi: quello della necessità di tutelare i diritti fondamentali dell'individuo coinvolto, da un lato (come rilevato da A. M. PLAN, *Trans Rights and Gender Recognition before the CJEU*, in *verfassungsblog.de*, 5 June 2024); e quello della possibilità di opporre, alla richiesta di

riconoscimento complessivamente intesa (relativa al nome e all'indicazione del sesso), giustificazioni legate al rispetto dell'ordine pubblico e dell'identità nazionale, dall'altro. In questa sede, ci si concentrerà solo sul secondo profilo, ricordando però che il tema dei diritti fondamentali nel contesto dei mutamenti di genere verrà presto affrontato dalla Corte di giustizia, quando dovrà pronunciarsi nel caso pendente C-43/24, cui si è accennato sopra.

La questione delle possibili giustificazioni ad un ostacolo alla libertà di circolazione viene trattata nelle conclusioni solo con riferimento al profilo dell'eventuale abuso dei diritti di circolazione al fine di eludere il diritto nazionale in materia di stato delle persone. Peraltro, l'Avv. gen. lo fa in modo piuttosto sbrigativo e vago, affermando genericamente che la richiesta di riconoscimento sarebbe legittima ogniqualvolta si possano far valere "circostanze relative alla residenza o alla cittadinanza" (par. 78; ritiene questa affermazione superficiale e astratta anche H. LUKU, *op. cit.*).

Ebbene, trattare il tema della modifica degli atti di stato civile per effetto dell'applicazione dei diritti di circolazione derivanti dalla cittadinanza dell'Unione senza affrontare le conseguenze di un siffatto obbligo sul rispetto dell'ordine pubblico e dell'identità nazionale degli Stati membri coinvolti (sul tema dell'identità degli Stati si rimanda a G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2017, nonché a F. CASOLARI, *Il processo di europeizzazione delle identità nazionali degli Stati membri: riflessioni sulle traiettorie del costituzionalismo europeo*, in *Quaderni AISDUE*, fasc. spec. n. 1, 2024) offre una soluzione che omette di affrontare il vero nodo critico dell'intera vicenda degli *status* personali acquisiti all'estero.

Mi sembra che, in generale, il rifiuto del riconoscimento di un cambio di genere possa essere motivato secondo due diversi livelli di giustificazione. Il primo livello è quello del rifiuto di riconoscimento da parte di uno Stato membro il quale non ammette in assoluto tali mutamenti di *status*, come avviene, oggi, in Ungheria e Bulgaria. Il secondo è quello di un rifiuto motivato non dall'impossibilità di riconoscere il nuovo *status* di per sé, bensì dalla non corrispondenza tra le procedure previste per il cambio di sesso all'interno dell'ordinamento del foro e nello Stato estero in cui è stato acquisito il nuovo genere. Questi due possibili motivi di rifiuto del riconoscimento devono essere affrontati separatamente poiché per ciascuno di essi si pone con sfumature differenti il problema dell'impatto del diritto dell'Unione sull'ordinamento statale di volta in volta considerato.

Ebbene, in un'ipotesi come quella presente nel caso *Mirin*, in cui il riconoscimento del nuovo nome e genere è negato a causa della discrasia tra le

procedure previste nei due Stati, mi sembra difficile immaginare che lo Stato membro cui è richiesto il riconoscimento possa opporre ragioni di ordine pubblico o identità nazionale a giustificazione dell'ostacolo alla circolazione in tal modo causato. Tale Stato potrebbe, eventualmente, avanzare la pretesa che vengano rispettate le procedure previste dall'ordinamento interno in materia di cambio di genere, ma solo nella misura in cui queste rispettino i principi di equivalenza e di effettività, come sancito in *Freitag* a proposito della modifica del nome. Il che significa, per restare nel caso rumeno, che l'inesistenza di una procedura certa e celere di mutamento di genere dovrebbe bastare, in linea di principio, a fondare il diritto del ricorrente ad un riconoscimento automatico dello stato personale acquisito all'estero, con conseguente adeguamento del suo atto di nascita e dei suoi documenti personali. Quanto agli atti relativi ai familiari, invece, vale quanto detto sopra circa il normale riverberarsi degli effetti del cambio di sesso su quegli atti. La soluzione prospettata dall'Avv. gen. de la Tour pare quindi idonea a superare anche eventuali eccezioni relative al rispetto dell'identità nazionale e dell'ordine pubblico della Romania.

Ben più complessa, invece, sarebbe la questione del rifiuto opposto da un ordinamento che non ammetta in assoluto il riconoscimento dei mutamenti di genere, ritenendoli non compatibili con la propria struttura costituzionale. In questa ipotesi, l'annotazione del cambio di sesso nell'atto di nascita pone già di per sé sola (al netto, quindi, dei suoi eventuali effetti su altri atti collegati) lo Stato ricevente nella condizione di dover ammettere un istituto non previsto all'interno del proprio ordinamento. In questo panorama, il rischio di violare la struttura politica e costituzionale dello Stato porterebbe probabilmente a circoscrivere l'ambito di operatività dei diritti di circolazione europea ad un riconoscimento limitato al passaporto e alla carta di identità, senza toccare (nemmeno) l'atto di nascita. Le difficoltà pratiche di tale soluzione, che ricalca *Pancharevo*, sarebbero però ancora maggiori che in quella causa. In un'ipotesi del genere, infatti, si creerebbe una discrasia tra gli elementi identificativi del soggetto riportati nel suo atto di nascita e quelli risultanti dai suoi documenti di viaggio. Non combacerebbero, infatti, né il nome né il sesso. Ragioni di ordine pubblico, pertanto, potrebbero venire utilizzate per tentare di giustificare il rifiuto di un riconoscimento anche solo limitato ai documenti identificativi.

Tutte queste considerazioni portano a una situazione che può apparire paradossale: il diritto dell'Unione risulta essere efficace negli ordinamenti che sono già aperti al riconoscimento di un cambio di genere, pur subordinandolo magari a delle condizioni illegittimamente onerose, e, viceversa,

disarmato di fronte a ordinamenti che lo vietano in assoluto. Ma questo, in fin dei conti, risponde alla logica dei limiti delle competenze dell'Unione, e ci ricorda che le battaglie per il rispetto dei valori della dignità umana, dell'uguaglianza e dei diritti umani, si combattono – se si decide di combatterle – sul piano politico e diplomatico, e non giurisdizionale.

Abstract (ita)

Le conclusioni dell'Avvocato generale de la Tour nel caso C-4/23 (*Mirin*) affrontano il delicato tema del riconoscimento, in uno Stato membro, degli effetti dell'acquisizione di un nuovo genere e di un nuovo nome in un diverso Stato membro. Alla luce dell'ostacolo ai diritti di circolazione che derivano dal rifiuto di tale riconoscimento, viene proposta una soluzione di compromesso, la quale, tuttavia, pare criticabile sotto diversi profili. In particolare, non convince l'idea che il riconoscimento del nuovo nome e il riconoscimento del nuovo genere possano essere trattati in modo tra loro indipendente, né convince l'approccio dell'Avvocato generale alla questione del riverberarsi degli effetti del riconoscimento sugli atti di stato civile relativi ai familiari. Infine, le conclusioni omettono di affrontare il tema – nevralgico – della possibile violazione dell'ordine pubblico e dell'identità nazionale dello Stato richiesto del riconoscimento.

Abstract (eng)

The Opinion of Advocate General de la Tour in Case C-4/23 (*Mirin*) addresses the sensitive issue of the recognition, in a Member State, of the effects of acquiring a new gender and a new name in a different Member State. Considering the obstacle to the rights of movement resulting from the refusal of such recognition, a compromise solution is proposed, which, however, seems objectionable in several respects. In particular, the idea that the recognition of the new name and the recognition of the new gender can be treated independently of each other is not convincing. The Advocate General's approach to the question of the reverberation of the effects of recognition on civil status records relating to family members is not persuasive as well. Finally, the Opinion fails to address the – topical – issue of the possible violation of public order and national identity of the State requested for recognition.

I CONSUMATORI COME VEICOLO PER IL RISPETTO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE. LE CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ÁPETA NELLA CAUSA C-399/22, *CONFÉDÉRATION PAYSANNE* SULL'INDICAZIONE DI ORIGINE DEI PRODOTTI DEL SAHARA OCCIDENTALE

Anna Pau (Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università di Bologna) – 14 luglio 2024

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Brevi cenni ricostruttivi: la disputa per il territorio del Sahara occidentale e la posizione dell'Unione. – 3. Questioni pregiudiziali e le conclusioni dell'AG in *Confédération paysanne*: l'esclusione dell'etichettatura "Made in Sahara occidentale, Regno di Marocco". – 4. Commento: la coerenza della soluzione proposta sull'etichettatura dei prodotti provenienti da un territorio occupato dal Marocco rispetto a quella di cui alla causa *Psagot*. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Il 21 marzo 2024 sono state pubblicate le conclusioni dell'Avv. generale Ápeta (AG) nelle tre cause *Front Polisario*, tuttora pendenti di fronte alla Corte di giustizia (le tre sentenze dovrebbero essere rese note entro l'estate 2024). È stato così aggiunto un nuovo tassello alla saga che vede contrapposto, da una parte, il movimento di liberazione nazionale Fronte Polisario, che lotta per l'autodeterminazione del popolo Sahrawi e, dall'altra, la Commissione e il Consiglio, che hanno rispettivamente negoziato e concluso accordi finalizzati alla cooperazione bilaterale con il Marocco in vari ambiti, tra cui la pesca. Il Tribunale e la Corte si sono già pronunciati in vari ricorsi di annullamento e rinvii pregiudiziali sulla legalità di tali atti [tra i numerosi commenti alla saga, si vedano J. ODERMATT, *International Law as Challenge to EU Acts: Front Polisario II*, in *Common Market Law Review*, 2023, p. 217 ss.; E. KASSOTI, *The ECJ and the Art of Treaty Interpretation: Western Sahara Campaign UK*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 209 ss.; E. CANNIZZARO, *In Defence of Front Polisario: The ECJ as a Global Jus Cogens Maker*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 569 ss.]. La vicenda ha avuto grande risonanza, dovuta alle sue implicazioni che vanno ben al di là della sfera dell'azione esterna dell'Unione, con potenziali ripercussioni sull'ordinamento dell'Unione e sulla "stretta osservanza" del diritto internazionale di cui all'art. 3 (5) TUE, in quanto la Corte ha avuto occasione di chiarire il contenuto degli obblighi derivanti per l'UE da principi di diritto internazionale consuetudinario.

Due delle tre cause all'attenzione dell'AG sono procedimenti di secon-

do grado aventi ad oggetto, il primo (cause riunite C-779/21 P e C-799/21 P, *Commissione c. Front Polisario*), l'annullamento della decisione (UE) 2019/217 del Consiglio che approva l'estensione delle tariffe preferenziali di cui all'accordo di associazione UE-Marocco ai prodotti provenienti dal Sahara occidentale (tra cui i prodotti agricoli) e, il secondo (cause riunite C-778/21 P e C-798/21 P, *Commissione c. Front Polisario*), l'annullamento della decisione (UE) 2019/441 del Consiglio che approva un protocollo aggiuntivo all'accordo di partenariato per la pesca UE-Marocco, il quale rende quest'ultimo applicabile alle acque adiacenti al Sahara occidentale. Più in particolare, i due appelli sono stati introdotti da Consiglio e Commissione avverso le sentenze del Tribunale che hanno annullato entrambe le decisioni citate (per un breve commento cfr. C. CONTARTESE, *Rassegna di giurisprudenza Corte di giustizia dell'UE*, Forum PIUE, gennaio-marzo 2024).

La terza causa all'esame dell'AG (causa C-399/22, *Confédération paysanne e tomates du Sahara occidental*) è stata invece introdotta tramite rinvio pregiudiziale, sollevato dal Consiglio di Stato francese nel contesto di una controversia che vede contrapposte la Confédération paysanne (unione francese degli agricoltori) e i Ministeri francesi dell'agricoltura e dell'economia. Il suddetto rinvio ha ad oggetto l'interpretazione del regolamento (UE) 1169/2011, del regolamento (UE) n. 1308/2013, del regolamento (UE) n. 543/2011 e del Codice doganale dell'Unione e concerne l'indicazione di origine di alcuni prodotti agricoli coltivati nel Sahara occidentale (pomodorini ciliegi e meloni *charentais*). Il presente commento si propone di analizzare le conclusioni rese dall'AG in seno a quest'ultimo procedimento.

Il rinvio sollevato dal giudice francese in *Confédération paysanne* tocca un tema sul quale la Corte aveva già avuto occasione di pronunciarsi: si tratta dell'etichettatura dei prodotti importati nell'Unione e provenienti da territori non autonomi e/o occupati, i cui popoli sono in attesa di esercitare il diritto all'autodeterminazione (Palestina e Sahara occidentale). La Corte se ne è occupata nell'ambito del rinvio pregiudiziale *Psagot* (sentenza della Corte del 12 novembre 2019, causa C-363/18, *Psagot*) [per un approfondimento cfr. S. POLI, *Ensuring Respect for International Humanitarian Law Through Labelling Requirements: OJE and Vignoble Psagot*, in G. BUTLER, R. A. WESSEL (eds.), *EU External Relations Law: The Cases in Context*, Oxford, 2022, p. 971 ss.; G. HARPAZ, *Mandatory labelling of origin of products from territories occupied by Israel and the weight of public international law: Psagot*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 1587 ss.; A. PAU, "Made in Settlements"! Il consumatore europeo deve sapere se i beni sono prodotti in un territorio palestinese occupato da Israele, in *Studi sull'integrazione europea*,

2020, p. 431 ss.; S. VILLANI, *Diritti del consumatore e diritto all'autodeterminazione dei popoli: la sentenza della Corte di giustizia UE nel caso Psagot*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 777 ss.]. Il suddetto rinvio riguardava le merci originarie dei territori occupati dallo Stato di Israele dal giugno del 1967: alture del Golan, striscia di Gaza e Cisgiordania, inclusa Gerusalemme Est. Nella sua sentenza, il giudice dell'UE aveva stabilito che essi devono recare in etichetta non soltanto l'indicazione di detti territori, ma anche quella del loro specifico luogo di provenienza, nel caso in cui si tratti di un insediamento israeliano. Secondo la Corte, i prodotti in questione devono essere così etichettati: "Cisgiordania: insediamento israeliano". Nel caso in esame, l'atto che la Corte era stata chiamata ad interpretare era un atto interno dell'Unione relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori [i.e. il regolamento (UE) 1169/2011, cit.] e non un accordo internazionale. Il giudice dell'Unione aveva interpretato tale atto in modo tale da favorire il rispetto del diritto internazionale tramite le decisioni di acquisto dei consumatori, in quanto aveva stabilito che il consumatore dovesse essere reso consapevole della specifica provenienza dei prodotti dagli insediamenti illegali, in modo da poter compiere una scelta informata.

Le questioni emerse in *Psagot* ed oggetto anche delle conclusioni qui in commento, attinenti alle regole di origine e al diritto all'informazione dei consumatori, non hanno ricevuto la stessa attenzione che la dottrina ha invece dedicato alle pronunce della Corte relative all'applicazione territoriale degli accordi internazionali conclusi dall'UE e al trattamento preferenziale riservato ai prodotti provenienti da territori contesi: si pensi ad *Anastasiou, Brita, Front Polisario* (rispettivamente: sentenza della Corte del 5 luglio 1994, causa C-432/92, *Anastasiou*; sentenza della Corte del 25 febbraio 2010, causa C-386/08, *Brita*; sentenza della Corte del 21 dicembre 2016, causa C-104/16 P, *Front Polisario*).

Ci sembra di poter affermare che l'azione di fronte al giudice nazionale, poi sfociata nel rinvio pregiudiziale, sia stata esercitata in maniera strumentale, ovvero con l'intento di bloccare l'importazione dal Marocco nell'Unione di alcuni prodotti agricoli originari del Sahara occidentale, con il fine ultimo di limitare la concorrenza per gli agricoltori francesi di cui è espressione *Confédération paysanne*. Eppure questa causa ci sembra degna di essere approfondita, in quanto ci offre (nuovamente) l'opportunità di riflettere sul rapporto tra diritto UE e diritto internazionale di natura consuetudinaria e, in particolare, sugli obblighi derivanti per l'UE dal principio di autodeterminazione dei popoli, sul ruolo dei privati (i consumatori) nel favorire il rispetto del diritto internazionale umanitario e anche sui limiti dei poteri degli Stati membri nell'ambito della politica commerciale comune.

Nel prosieguo, una breve introduzione sarà dedicata alla disputa territoriale avente ad oggetto il Sahara occidentale, nonché alla posizione assunta dall'Unione in tale contesto; riferimento sarà fatto alle precedenti pronunce della Corte di giustizia (sentenza *Front Polisario*, cit., e sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, causa C-266/16, *Western Sahara Campaign UK*) sul tema dell'applicazione *ratione loci* degli accordi conclusi dall'UE con il Marocco (par. 2). Di seguito, si esporranno le questioni pregiudiziali e le principali linee argomentative dell'AG nella causa qui in commento (par. 3), per poi fornire alcune osservazioni critiche con riguardo alla coerenza della soluzione proposta rispetto a quella di cui alla causa *Psagot* (par. 4). Alcune valutazioni conclusive saranno oggetto dell'ultimo paragrafo.

2. Il Sahara occidentale è un territorio non-autonomo che dal 1963 figura nella lista creata ai sensi del Capitolo XI della Carta delle Nazioni Unite (cfr. il rapporto del Comitato sulle informazioni provenienti dai territori non autonomi e la lettera di H. Corell, del 29 gennaio 2002, indirizzata al Presidente del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, punto 5). Il popolo Sahrawi, originario di questo territorio, da lungo tempo è in attesa di esercitare il diritto all'autodeterminazione [v. Corte internazionale di giustizia, parere sul Sahara occidentale e, *inter alia*, S/RES/2468 (2019); v. anche conclusioni, punto 7], ma il Marocco di fatto glielo impedisce, rivendicando la propria sovranità sul territorio ed occupandone una larga porzione con insediamenti contrari al diritto internazionale [si vedano A/RES/34/37 (1979) e A/RES/35/19 (1980) ed i report del Segretario generale delle Nazioni Unite su MINURSO]. Va precisato che il Marocco non è mai stato considerato dalle Nazioni Unite quale formale amministratore del territorio non autonomo ed infatti non compare nella lista delle potenze amministratrici, né è soggetto all'obbligo di informare periodicamente il Consiglio di sicurezza sui progressi dell'amministrazione (cfr. Corell, cit., punto 7). Mentre tale Stato ritiene quindi che il Sahara occidentale sia parte del proprio territorio, l'Unione riconosce il suo *status* non autonomo in base alla Carta delle Nazioni Unite ed il diritto all'autodeterminazione del popolo Sahrawi, sostenendo una soluzione della disputa che sia pragmatica e basata sul compromesso (cfr. la dichiarazione del Consiglio di associazione, del 27 giugno 2019, punto 13). Come a breve si dirà, nonostante ciò, l'Unione ha adottato una prassi in base alla quale il Marocco viene considerato potenza amministratrice *de facto* del Sahara occidentale (perlomeno agli effetti della politica commerciale).

In breve, la questione territoriale è approdata di fronte ai giudici euro-

pei in quanto il Fronte Polisario – rappresentante del popolo Sahrawi – e Western Sahara Campaign UK – un’organizzazione di volontariato avente la finalità di promuovere il riconoscimento del diritto all’autodeterminazione del suddetto popolo – hanno contestato (in sedi diverse) la validità dei trattati UE-Marocco in quanto applicabili al territorio del Sahara occidentale, ivi incluse le acque ad esso adiacenti, in violazione di norme fondamentali del diritto internazionale quali il diritto all’autodeterminazione dei popoli ed il principio della sovranità permanente sulle risorse naturali. Infatti, nonostante il Sahara occidentale non fosse formalmente incluso nella portata territoriale degli accordi, la prassi posta in essere dall’Unione integrava una estensione *de facto* del campo di applicazione *ratione loci* degli accordi a detto territorio, in quanto i suoi prodotti beneficiavano delle relative tariffe preferenziali e gli Stati membri della possibilità di pesca nelle sue acque. Le descritte pratiche commerciali si incentravano piuttosto sul riconoscimento, da parte delle istituzioni UE, di un titolo “di fatto” vantato dal Marocco sul territorio non autonomo.

Con le sentenze rese nelle cause *Front Polisario* e *Western Sahara Campaign UK*, la Corte ha ritenuto che gli accordi UE-Marocco non potessero interpretarsi come applicabili al territorio del Sahara occidentale (o alle acque ad esso adiacenti), in virtù dello *status* di territorio non autonomo (e quindi “distinto e separato”) che lo contraddistingue ai sensi del diritto internazionale (v. sentenza *Front Polisario*, cit., punti 23, 37, 92 e 95; sentenza *Western Sahara Campaign UK*, cit., punti 62-64 e 69). I giudici europei hanno quindi operato una netta distinzione tra il territorio in questione e quello del Marocco e su di essa hanno intessuto il quadro giuridico delle sentenze citate, confermando la validità degli accordi *de quo*. In seguito, il Consiglio ha autorizzato la Commissione a negoziare nuovi accordi con lo Stato marocchino, per conformarsi all’interpretazione data dalla Corte e, in definitiva, formalizzando le pratiche commerciali contestate. Tali intese integrative sono state concluse dopo aver adempiuto solo formalmente all’obbligo di consultazione del popolo interessato: il primo, uno scambio di lettere con il quale si estendeva il campo di applicazione *ratione loci* dell’accordo di associazione al Sahara occidentale; il secondo, un protocollo aggiuntivo che allargava il campo di applicazione dell’accordo di partenariato per la pesca per ricomprendervi le acque adiacenti al Sahara occidentale. Le due parti hanno esteso l’applicazione territoriale dei trattati “senza pregiudizio per le rispettive posizioni” sulla disputa riguardante lo *status* del Sahara occidentale. Un rapporto della Commissione concludeva che “most people now *living* in Western Sahara are very much in favour of the extension of tariff prefer-

ences to products from Western Sahara under the EU-Morocco Association Agreement” (corsivo aggiunto). Tuttavia, le trattative con il Fronte Polisario avevano rivelato la sua contrarietà politica alla modifica del trattato: la principale opposizione all’inclusione del Sahara occidentale nell’ambito di applicazione del medesimo consisteva nel fatto che tale inclusione avrebbe consolidato la sovranità marocchina sul territorio (cfr. rapporto sopra citato, pp. 1-2 e 31-32).

Il Fronte Polisario ha quindi cercato giustizia impugnando le decisioni di approvazione dei nuovi accordi di fronte alla Corte di giustizia. Il Tribunale ha annullato i suddetti atti in quanto essi non rispettavano: (a) quanto demandato dalla Corte nelle precedenti pronunce e (b) le norme di diritto internazionale vincolanti per l’Unione e rilevanti nel caso di specie (sentenza del Tribunale del 29 settembre 2021, cause riunite T-344/19 e T-356/19, *Front Polisario c. Consiglio*, punti 322 e 362; sentenza del Tribunale del 29 settembre 2021, causa T-279/19, *Front Polisario c. Consiglio*, punto 328 e 385). Nello specifico, alla base dell’annullamento delle decisioni impugnate vi è la violazione degli obblighi precisi e incondizionati derivanti dal principio di autodeterminazione dei popoli e da quello degli effetti relativi dei trattati (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*). Ed infatti, il Consiglio e la Commissione non avrebbero ottenuto il consenso esplicito, libero ed autentico del popolo Sahrawi, come invece richiesto dai suddetti principi di diritto consuetudinario (cfr. punti sopra citati).

Si precisa che, nonostante le decisioni di conclusione degli accordi UE-Marocco siano state recentemente invalidate dal Tribunale, i prodotti del Sahara occidentale continuano ad essere importati nell’Unione, in forza dell’istituto del mantenimento nel tempo degli effetti dell’atto impugnato (v. art. 264, secondo comma, TFUE; sentenza della Corte del 28 aprile 2025, causa C-28/12, *Commissione c. Consiglio*, punto 60 e giurisprudenza ivi citata, e sentenza della Corte del 4 settembre 2018, causa C-244/17, *Accordo con il Kazakbstan*, punto 51).

3. Dopo aver delineato gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia, è necessario esaminare le conclusioni rese dall’AG in *Confédération paysanne*, presentando *in primis*, brevemente, le questioni pregiudiziali. Il Consiglio di Stato francese ha domandato alla CGUE, in primo luogo, se il diritto UE (e, in particolare, il Codice doganale dell’Unione, cit.) possa essere interpretato in modo da consentire ad uno Stato membro di proibire l’importazione di frutta e verdura nell’Unione da un Paese terzo, a fronte di una violazione delle norme UE sull’etichettatura e, in particolare, del-

la mancata indicazione dell'origine effettiva del prodotto. Con la seconda questione pregiudiziale è stato chiesto alla Corte se il Marocco possa essere considerato come Paese di origine dei prodotti del territorio non autonomo nell'ambito del nuovo accordo UE-Marocco, con applicazione estesa al Sahara occidentale. Si chiede inoltre se le autorità marocchine abbiano il potere di rilasciare i certificati di conformità relativi a tali prodotti. In caso di risposta affermativa, viene domandato ai giudici dell'Unione se la decisione del Consiglio che approva tale accordo sia conforme agli articoli 3 (5) e 21 TUE e al principio consuetudinario di autodeterminazione dei popoli. Infine, la Corte deve chiarire se i prodotti del Sahara occidentale non debbano piuttosto essere indicati come provenienti da quest'ultimo territorio, non potendo essere contrassegnati come "made in Morocco".

La prima questione concerne i poteri degli Stati membri nell'ambito della politica commerciale comune (PCC) e, più nello specifico, le misure unilaterali che questi sono autorizzati ad adottare alla luce della natura di tale competenza. L'AG ricorda che la PCC deve essere governata da principi uniformi e che, in generale, l'uniformità di tale politica rappresenta uno dei suoi tratti fondanti (v. conclusioni, par. 26 e 32 e art. 207 (1) TFUE). Agli Stati membri è precluso agire unilateralmente nel campo del commercio internazionale, a meno che questi non siano autorizzati dall'Unione [v. art. 2 (1) TFUE]. Il diritto secondario prevede che, in via eccezionale, gli Stati membri possano adottare misure commerciali unilaterali ove queste siano giustificate (*inter alia*) da considerazioni di ordine pubblico o pubblica sicurezza [v. art. 134 (1), Codice doganale dell'Unione, cit., e art. 24 (2) (a), regolamento di base sulle importazioni].

L'AG rileva che misure di questo tipo non possono essere adottate nei confronti di un solo Stato terzo (il Marocco, in questo caso), ma devono essere adottate *erga omnes*; inoltre, una siffatta deroga alla libertà di commercio può soltanto essere giustificata, come visto, da specifiche ragioni di interesse pubblico. In questa ultima categoria non sembra poter rientrare, ad avviso dell'AG, una (mera) violazione delle norme UE sull'etichettatura; pertanto, quest'ultima non viene considerata ragione sufficiente a giustificare l'adozione di un divieto unilaterale all'importazione (v. conclusioni, par. 39 ss.). La risposta dell'AG alla prima questione pregiudiziale è pertanto negativa. Ma l'AG adduce anche un'altra considerazione al fine di avvalorare la sua risposta al quesito pregiudiziale, rilevando che una misura nazionale di questo tipo non precluderebbe affatto la circolazione dei prodotti in questione nel mercato francese, in quanto gli stessi potrebbero giungervi dopo essere stati importati da altri Stati membri (v. conclusioni, par. 47).

L'AG passa poi ad esaminare l'ultima domanda posta dal giudice del rinvio, concernente la corretta indicazione di origine dei prodotti *de quo*. L'analisi parte dal diritto dei consumatori ad essere informati al fine di poter effettuare scelte d'acquisto consapevoli e dal divieto di fornire informazioni sugli alimenti che inducano (o rischino di indurre) in errore [v. regolamento (UE) 1169/2011, cit.]. In particolare, l'origine di un prodotto, anche se non sempre determinante, può influenzare a tutti gli effetti la scelta di un consumatore mediamente sensibile a varie tematiche. La normativa che regola la commercializzazione di pomodorini ciliegini e meloni *charentais* nell'Unione richiede la presenza obbligatoria di un'etichetta indicante il Paese d'origine (v. conclusioni, par. 77-81; regolamento (UE) n. 1308/2013 e regolamento di esecuzione (UE) n. 543/2011). Diventa dunque necessario determinare se il territorio non autonomo del Sahara occidentale possa costituire un "paese di origine" ai fini dell'etichettatura. L'AG richiama la giurisprudenza *Psagot*, che ha interpretato la nozione di "territorio" estensivamente, fino a ricomprendervi entità diverse dai "paesi" o dagli "Stati", quali gli "spazi geografici che, pur trovandosi sotto la giurisdizione o sotto la responsabilità internazionale di uno Stato, dispongono tuttavia, sotto il profilo del diritto internazionale, di uno statuto proprio e distinto da quello di tale Stato" (v. sentenza *Psagot*, cit., punto 31). Come già ricordato, la Corte ha riconosciuto un siffatto *status* differenziato al territorio del Sahara occidentale; per questo motivo è possibile trattarlo alla stregua di un territorio doganale distinto ai fini dell'art. 60 del Codice doganale dell'Unione (v. conclusioni, par. 92-93). Ciò porta l'AG ad affermare che, essendo stati i prodotti di cui trattasi interamente ottenuti nel territorio del Sahara occidentale, essi devono essere etichettati conseguentemente (v. conclusioni, par. 92-93 e 96).

Ci si chiede quindi se l'omissione del riferimento al territorio di origine sia suscettibile di indurre in errore il consumatore europeo, le cui scelte possono essere dettate – *inter alia* – da considerazioni etiche, come risultante dalla giurisprudenza *Psagot* (cfr. sentenza *Psagot*, cit., punti 54-56 e conclusioni Avv. gen. Hogan in *Psagot*, par. 51-52). L'AG ha dato atto della difficoltà di conciliare posizioni giuridiche e politiche in tale contesto, "semplificando" la questione come segue: "un prodotto contrassegnato da un'etichetta del paese di origine che indica il territorio X, quando invece, di fatto, il prodotto è originario del territorio Y, cre[a] il rischio di una decisione di acquisto male informata" (v. conclusioni, par. 113-114). L'AG suggerisce pertanto alla Corte di affermare che il diritto UE *impone* che i prodotti in oggetto rechino un'etichetta del Paese di origine che rifletta la loro provenienza dal territorio del Sahara occidentale, perché esso è, effettivamente, il loro territorio d'origine (v. conclusioni, par. 117).

Il punto su cui l'AG si sofferma successivamente riguarda se sulle eti-

chette in questione vi sia spazio per un riferimento (aggiuntivo) al Regno del Marocco. È necessaria una tale precisazione ai fini della corretta informazione del consumatore? In *Psagot*, la mancata indicazione del luogo di provenienza reale, i.e. gli insediamenti israeliani, avrebbe potuto indurre i consumatori a ritenere (erroneamente) che un prodotto provenisse da un produttore palestinese o siriano. Secondo l'AG, nel caso in commento, invece, l'aggiunta "Regno del Marocco" in etichetta non preciserebbe più chiaramente il loro luogo di provenienza (v. conclusioni, par. 130) e non fornirebbe dunque alcun'altra informazione tale da rendere più completo il quadro informativo a disposizione del consumatore per effettuare la sua scelta di acquisto. Alla base di questa conclusione l'AG pone più motivi: (a) questo tipo di informazione non sarebbe oggettivamente corretta ed obiettiva; (b) essa contrasterebbe inoltre con la posizione espressa dall'Unione in merito al territorio del Sahara occidentale; (c) infine, il consumatore potrebbe dedurre le necessarie informazioni sull'origine dei prodotti in questione soltanto qualora il Sahara occidentale fosse indicato come Paese di origine (v. conclusioni, parr. 115-116, 131-132 e 141). Le conclusioni evidenziano dunque che, "allo stato attuale del diritto e della politica dell'Unione, questo tipo di etichetta non può contenere riferimenti al Regno del Marocco" (v. conclusioni, paragrafo conclusivo). È opportuno a questo punto svolgere alcune riflessioni nei successivi paragrafi sulle conclusioni cui perviene l'AG nella causa in esame.

4. Per quanto concerne la risposta alla prima questione, relativa ai poteri degli Stati membri nell'ambito della PCC, non si può che condividere la soluzione fornita dall'AG, che si fonda su un'interpretazione restrittiva del concetto di interesse pubblico nazionale, nonché dei casi in cui gli Stati membri possono fare prevalere tale interesse rispetto alla realizzazione del corretto funzionamento del mercato interno e della libera circolazione delle merci. Qualora l'AG avesse ritenuto possibile per un singolo Paese dell'UE opporsi all'importazione dei prodotti *de quo* per i motivi menzionati dal giudice del rinvio, l'unitarietà del mercato interno ne avrebbe risentito. Inoltre, l'adozione di divieti unilaterali in materia di politica commerciale, come quello che viene in rilievo nel caso in esame, interferisce con la competenza esclusiva dell'Unione in tale ambito. Come dimostrato anche dalla vicenda della restrizione delle importazioni dei prodotti agricoli ucraini a titolo di misura di salvaguardia autorizzata dalla Commissione nel contesto della c.d. "crisi del grano", gli Stati membri non possono adottare divieti o restrizioni unilaterali a meno che non siano autorizzati in tal senso dall'UE (v. regolamenti di esecuzione (UE) 2023/903 e 2023/1100).

Venendo alla questione relativa al *contenuto* dell'indicazione di origine, si ritiene innanzitutto di poter condividere le conclusioni raggiunte dall'AG sulla impossibilità (e inopportunità) di fare riferimento al "Regno del Marocco" nelle etichette dei prodotti del Sahara occidentale. È vero, infatti, che una tale indicazione sarebbe contraria sia allo *status* separato e distinto del territorio in base al diritto internazionale, sia alla posizione dell'Unione nel contesto della disputa. Indicare in etichetta "Sahara occidentale: Regno del Marocco" equivarrebbe, in altre parole, a legittimare le pretese di sovranità di quest'ultimo Stato sul territorio non autonomo. Per lo stesso motivo, è da salutare positivamente il passaggio in cui l'AG ritiene necessario evidenziare la provenienza specifica dei prodotti dal territorio non autonomo, spostando la politica di differenziazione già adottata dalla Corte. L'espressione "EU Differentiation Policy" è stata usata in dottrina per indicare le azioni dell'Unione volte a distinguere il territorio dello Stato di Israele dai territori occupati da quest'ultimo Paese nei vari rapporti dell'UE con Israele (cfr. G. HARPAZ, *op. cit.*, pp. 1603-1604), ma si ritiene che possa essere utilizzata anche nel presente contesto.

Ciò premesso, ad avviso di chi scrive, un'indicazione di provenienza che rechi *soltanto* la dicitura "Sahara occidentale" non è del tutto corretta ed obiettiva e, anzi, priva potenzialmente il consumatore medio della contezza di un'altra fondamentale circostanza: il Marocco è un Paese che occupa il Sahara occidentale e sono presenti sul territorio anche cittadini marocchini [cfr. B. SAUL, *The Status of Western Sahara as an Occupied Territory under International Humanitarian Law and the exploitation of Natural Resources*, in *Sydney Law School Research Paper*, September 2015, p. 5 ss.; M. DAWIDOWICZ, *Trading Fish or Human Rights in Western Sahara? Self-Determination, Non-Recognition and the EC-Morocco Fisheries Agreement*, in D. FRENCH (ed.), *Statehood, Self-Determination and Minorities: Reconciling Tradition and Modernity in International Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 250 ss.]. La sopra menzionata etichettatura potrebbe ben indurre il consumatore europeo a credere che stia mettendo nel carrello un prodotto coltivato ed esportato direttamente dalla popolazione Sahrawi, mentre questo non sarebbe (sempre) il caso, potendosi con tutta probabilità trattare di agricoltori marocchini. Anche il Tribunale ha infatti evidenziato che le popolazioni che si trovano attualmente sul territorio del Sahara occidentale non appartengono necessariamente al popolo Sahrawi, avente diritto all'autodeterminazione (v. causa T-279/19, cit., punto 337; cause riunite T-344/19 e T-356/19, cit., punto 329). Considerato che anche nel Sahara occidentale, come nei territori palestinesi, sono presenti insediamenti contrari al diritto

internazionale, un'indicazione di origine che tenga conto di tale circostanza sarebbe quindi desiderabile. Perciò, a detta di chi scrive, sarebbe auspicabile che la Corte, coerentemente con il principio di autodeterminazione dei popoli, non trattasse gli insediamenti dei cittadini marocchini diversamente da quelli israeliani e che riconoscesse la necessità di indicare la specifica provenienza da un insediamento anche nel caso del Sahara occidentale.

La giustificazione data dall'AG per escludere il "Regno del Marocco" come luogo di provenienza sull'etichetta è legata alla posizione (asseritamente neutrale) dell'Unione con riguardo al conflitto. A differenza di quanto sostenuto dall'AG, tuttavia, la posizione adottata dall'Unione è sì neutrale (nel senso di appoggiare una risoluzione della disputa territoriale che sia pacifica e "mutualmente accettabile"), ma ciò non vuol dire che l'UE non sia tenuta a riconoscere con tutti i mezzi a sua disposizione che il Marocco viola il diritto all'autodeterminazione del popolo Sahrawi. Sarebbe pertanto del tutto coerente con l'affermazione di tale diritto individuare una indicazione di origine che sia meno "ingannevole" o falsamente neutra.

Si rileva, inoltre, che sebbene in *Psagot* la Corte dia atto della posizione di condanna assunta dall'Unione nei confronti dell'occupazione israeliana (v. sentenza *Psagot*, cit., punto 48), la decisione dei giudici UE non è basata su tale circostanza, ma è piuttosto incentrata sul rispetto del diritto internazionale e del diritto all'informazione dei consumatori (v. sentenza *Psagot*, cit., punti 48-51). In altre parole, la duplice indicazione di origine richiesta dalla Corte in *Psagot* (territori palestinesi come *paese* di provenienza ed insediamento israeliano come *luogo* di provenienza) è certamente coerente con la posizione dell'UE, ma non è dovuta in ragione di quest'ultima, quanto piuttosto (*ab origine*) in vista delle violazioni delle norme del diritto internazionale generale umanitario nei territori occupati (v. sentenza *Psagot*, cit.).

Pertanto, si ritiene che una duplice indicazione di origine sarebbe opportuna anche nel caso dei prodotti del Sahara occidentale, a prescindere dalla posizione (più o meno esplicita) adottata dall'Unione nei riguardi della disputa territoriale. A giudizio di chi scrive, le violazioni che il Marocco compie occupando il Sahara occidentale hanno tutto il potenziale per condizionare le scelte di acquisto del consumatore europeo, alla stregua di quelle compiute da Israele nei territori palestinesi. Il consumatore potrebbe infatti, soprattutto in relazione a considerazioni etiche, essere influenzato dalla consapevolezza che il prodotto proviene da un luogo in cui viene impedito l'esercizio del diritto all'autodeterminazione [v. art. 3 (1), regolamento (UE) 1169/2011, cit.; sentenza *Psagot*, cit., punti 55-56 e conclusioni dell'Avv. gen. Hogan in *Psagot*, cit., par. 76]. Il consumatore ha quindi il diritto di scegliere

se avallare o meno la prassi del commercio dei prodotti del Sahara occidentale attraverso le autorità marocchine e la soluzione proposta dall'AG è imperfetta poiché non consente al consumatore di rifiutarsi di acquistare prodotti coltivati nel Sahara occidentale ma di provenienza da insediamenti o coltivatori marocchini.

Il giudice del rinvio ha inoltre chiesto alla Corte se le autorità marocchine abbiano la facoltà di rilasciare i certificati di conformità per i prodotti ortofrutticoli raccolti nel Sahara occidentale. L'AG ha affrontato la questione incidentalmente, affermando che dette autorità sono competenti in quanto "il Regno del Marocco è considerato dall'Unione come responsabile (*de facto*) dell'amministrazione del territorio del Sahara occidentale (o almeno delle parti che esso controlla)" (v. conclusioni, parr. 97-98 e 126). È adesso opportuno effettuare un confronto con il caso del commercio con la Palestina. È pur vero che i rapporti tra l'UE da un lato, e il Sahara occidentale e la Palestina dall'altro, sono diversi. A differenza del caso palestinese, ove sussiste un accordo tra UE e OLP – l'Unione non effettua scambi commerciali diretti con il Sahara occidentale tramite il Fronte Polisario, né con altri rappresentanti di questo popolo. Ciò comporta che tutti i prodotti facenti ingresso nell'Unione siano necessariamente commerciati attraverso le autorità del Marocco, le quali soltanto – allo stato delle cose – possono attestare che un prodotto è originario del territorio del Sahara occidentale (v. conclusioni, parr. sopra citati). Ma vi è di più: come rilevato dall'AG, secondo l'Unione esse sono le uniche autorità *competenti* a farlo, in quanto il Marocco è considerato dall'Unione come responsabile (*de facto*) dell'amministrazione del Sahara occidentale (*ibidem*). Mentre l'UE ha rapporti con entrambe le autorità doganali palestinesi ed israeliane (v. sentenza *Brita*, punto 52), il territorio del Sahara occidentale non possiede autorità amministrative e doganali (riconosciute) ai fini del controllo dello *status* dell'origine dei prodotti del proprio territorio. Ciò legittimerebbe così il Marocco allo svolgimento dei suddetti controlli doganali e spiegherebbe altresì l'impossibilità di concludere un accordo commerciale distinto con le autorità che rappresentano il popolo Sahrawi (v. conclusioni, par. 98).

Va dato atto, infine, che il commercio dei prodotti del Sahara occidentale va a beneficio sia dell'Unione stessa (e soprattutto di alcuni Stati membri, come la Spagna, la cui attività di pesca è molto intensa nelle acque nordafricane), sia del popolo Sahrawi, che può così trarre vantaggio dallo sfruttamento delle (proprie) risorse naturali, con un impatto socioeconomico tutto sommato positivo. In questo contesto, il Marocco rappresenta un intermediario ed è tenuto, in quanto potenza occupante, a far sì che lo sfruttamento

delle risorse naturali vada a beneficio del popolo Sahrawi, nel rispetto del principio della sovranità permanente sulle risorse naturali, corollario del diritto all'autodeterminazione dei popoli [v. Corte internazionale di giustizia, *Repubblica Democratica del Congo c. Uganda*, punto 244; A/RES/50/33 (1995); Corell, cit., punti 21-25].

5. Con il presente commento sono state espresse alcune considerazioni critiche sulla proposta di etichettatura dei prodotti agricoli provenienti dal Sahara occidentale difesa dall'AG in *Confédération paysanne*. In particolare, mentre l'AG ritiene sufficiente un'etichettatura che indichi la provenienza dei prodotti dal "Sahara occidentale", specificando che questa soluzione è compatibile con la posizione di neutralità dell'UE nella disputa Marocco-Fronte Polisario, a nostro giudizio sarebbe stato preferibile indicare anche lo specifico luogo di provenienza. Ciò al fine di informare i consumatori che i prodotti provengono da insediamenti marocchini, in parallelo a quanto avvenuto nel contesto del rinvio pregiudiziale di cui alla causa *Psagot*.

L'Unione è spesso criticata per non aver interrotto il c.d. "*trade with settlements*", ovvero il commercio e l'importazione di prodotti originari di territori occupati da Israele. L'AG ricorda che stabilire relazioni con un territorio non autonomo è conforme al diritto internazionale e prescinde dal riconoscimento di uno Stato, potendo quest'ultimo atto politico essere dissociato dalla certificazione dell'origine (v. conclusioni, par. 99). La prassi dell'Unione lo dimostra: l'UE conclude accordi con Parti contraenti quali i movimenti di liberazione nazionale (v. accordo UE-OLP, cit.) e Paesi terzi non ancora riconosciuti come Stati dalla comunità internazionale nel suo complesso (v. accordo UE-Kosovo). Si rammenta a tal proposito che le istituzioni politiche UE godono di un certo margine di discrezione nel condurre l'azione esterna e tra le scelte che possono compiere rientra, ad esempio, la conclusione di un accordo internazionale con uno Stato terzo. Tuttavia, nel condurre tale azione, le istituzioni UE devono rispettare gli obblighi precisi e incondizionati derivanti dai principi di diritto internazionale rilevanti nel caso di specie (cfr. cause riunite T-344/19 e T-356/19, cit.; causa T-279/19, cit.). La Corte, ove interrogata, ha pertanto il compito di verificare che una siffatta decisione sia conforme al diritto UE, ivi incluso il diritto internazionale consuetudinario [che viene recepito dall'ordinamento UE attraverso l'art. 3 (5) TUE; v. E. NEFRAMI, *Customary International Law and the European Union from the Perspective of Article 3(5) TEU*, in P. EECKHOUT, M. LOPEZ-ESCUADERO (eds.), *The European Union's External Action in Times of Crisis*, Oxford, 2016, p. 205 ss.].

Spetterà quindi alla Corte decidere se l'Unione, nel concludere gli accordi col Marocco, abbia rispettato questi obblighi e, in ultima analisi, gli articoli 3 (5) e 21 TUE. L'AG ha deciso di non rispondere a questa particolare questione sollevata dal Consiglio di Stato francese in *Confédération paysanne* ed ha ritenuto altresì che, nonostante i tre procedimenti siano strettamente connessi tra loro, il risultato delle due impugnazioni non influirà comunque sulla decisione della Corte nel contesto del rinvio pregiudiziale (v. conclusioni, par. 11 e 18). Non si può essere certi fino in fondo di questa affermazione: dovesse la Corte confermare le sentenze di primo grado emesse dal Tribunale, annullando così le decisioni del Consiglio per violazione degli obblighi derivanti per l'UE dal diritto internazionale, i giudici europei potrebbero risolvere il rinvio in commento diversamente. Più in particolare, la Corte potrebbe decidere di attenersi in modo completo alla giurisprudenza *Psagot*, richiedendo una indicazione di origine che tenga conto della posizione transitoria ed illegittima del Marocco nel Sahara occidentale. Tutto ciò sempre nell'ottica di una scelta informata e consapevole del consumatore. Tale soluzione sarebbe quella che il principio di coerenza dell'azione esterna detta; allo stesso tempo, l'informazione del consumatore e, più in generale, del cittadino UE si confermerebbe come tema caro ai giudici europei.

Come rilevato dall'AG nelle conclusioni in C-779/21 P e C-799/21 P: "(...) a quasi 50 anni dall'inizio del processo di autodeterminazione del popolo del Sahara occidentale, detto popolo non ha visto alcun progresso compiuto nella definizione del futuro status del suo territorio. Benché ciò rappresenti un chiaro fallimento del processo politico guidato dall'ONU, ciò non significa che la risoluzione della questione del Sahara occidentale possa essere affidata ai giudici dell'Unione" (v. par. 6-7). Sebbene sia vero che i giudici UE non possono decidere sul futuro del Sahara occidentale, cause come *Confédération paysanne* ci forniscono l'opportunità di riflettere su temi delicati e più che mai attuali. Gli obblighi di etichettatura dei prodotti costituiscono in linea di principio uno strumento per favorire l'effettiva applicazione del diritto internazionale. A livello dell'Unione, dovrebbe richiedersi un'indicazione di origine che rifletta lo status territoriale internazionalmente riconosciuto (v. sentenza *Psagot*, cit.); si presenta così l'occasione per la Corte di rafforzare la politica di differenziazione dei due territori già affermata con la sentenza *Front Polisario*, a supporto del diritto all'autodeterminazione del popolo Sahrawi. A livello nazionale, gli agenti sono i privati anziché gli Stati, potendo i primi esercitare una scelta di acquisto eticamente orientata (sul punto cfr. S. POLI, *op. cit.*).

Abstract (ita)

Il 21 marzo 2024 sono state pubblicate le conclusioni dell'Avv. generale apeta nella causa C-399/22, *Confédération paysanne c. Ministre de l'Agriculture et de la Souveraineté alimentaire, Ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique*. Si tratta di un rinvio pregiudiziale sollevato dal Consiglio di Stato francese ed avente ad oggetto l'indicazione di origine di alcuni prodotti agricoli coltivati nel Sahara occidentale ed importati nell'Unione europea attraverso l'accordo di associazione UE-Marocco. Alla Corte di giustizia viene domandato (*inter alia*) di chiarire, alla luce della normativa UE sulla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, quale sia la corretta etichettatura dei prodotti del territorio non autonomo e, in particolare, se questi ultimi debbano essere indicati come provenienti dal Sahara occidentale, non potendo essere contrassegnati come "made in Morocco". Si avvanzeranno alcune osservazioni critiche con riguardo alla coerenza della soluzione proposta dall'AG rispetto a quella adottata dalla Corte nella causa *Psagot*. Il rinvio in commento ci fornisce l'opportunità di riflettere sul rapporto tra diritto UE e diritto internazionale di natura consuetudinaria e, in particolare, sugli obblighi derivanti per l'UE dal principio di autodeterminazione dei popoli, nonché sul ruolo dei privati (i consumatori) nel favorire il rispetto del diritto internazionale umanitario.

Abstract (eng)

On 21 March 2024, Advocate general apeta delivered its Opinion in Case C-399/22, *Confédération paysanne c. Ministre de l'Agriculture et de la Souveraineté alimentaire, Ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique*. This is a reference for preliminary ruling brought by the French Council of State concerning the indication of origin of certain agricultural products cultivated in Western Sahara and imported into the European Union through the EU-Morocco Association Agreement. The Court of Justice is asked (*inter alia*) to clarify which labelling is required for products coming from the non-autonomous territory and, in particular, whether they must be labelled as originating in Western Sahara, as they cannot be labelled as "made in Morocco". Some critical remarks will be made with regard to the consistency of the solution proposed by the AG with that adopted by the Court in its *Psagot* case-law. The case in comment provides

us with an opportunity to reflect on the relationship between EU law and customary international law and, in particular, on the obligations arising for the EU from the principle of peoples' self-determination, as well as on the role of private individuals (consumers) in promoting respect for international humanitarian law.

IL “NUOVO” REQUISITO DELL’INDIPENDENZA NELLA GIURISPRUDENZA SULLA NOZIONE DI GIURISDIZIONE EX ART. 267 TFUE: IL CASO NADA

Fabio Pirozzi (Laureando in Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II) – 9 luglio 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti alla base della controversia. – 3. La pronuncia della Corte. – 4. Le teorie dell’equivalenza e della separazione a confronto. – 5. Alcune considerazioni critiche.

1. La sentenza *NADA*, che qui si intende brevemente commentare, merita particolare attenzione poiché sintetizza sia il nuovo e restrittivo orientamento della Corte sulla nozione di giurisdizione nell’ambito del rinvio pregiudiziale, sia l’applicazione della teoria dell’equivalenza degli standard di indipendenza ex artt. 19 TUE e 267 TFUE (sentenza della Corte del 7 maggio 2024, causa C-115/22); per un primissimo commento, v. A. CIRCOLO, *Op-Ed: “Tough Times for (non-) Courts! Yet another Declaration of Inadmissibility of a Request for a Preliminary Ruling by the CJEU: NADA Case”*, in *eulawlive.com*, 10 June 2024).

Come noto, negli ultimi anni, la Corte di giustizia sembra aver ormai abbandonato la “generosità” che, in precedenza, aveva caratterizzato l’applicazione dei criteri *Vaassen-Göbbels*, ponendo un freno rispetto all’ammissibilità dei rinvii pregiudiziali provenienti da soggetti non qualificabili come giudici nell’ambito degli ordinamenti interni (in generale, sulla nozione di giurisdizione ex art. 267 TFUE, v. 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.). E, in questo senso, il caso *NADA* viene anzitutto in rilievo, giacché la Corte ha dichiarato irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Commissione arbitrale austriaca competente in materia di lotta contro il doping (Unabhängige Schiedskommission Wien – USK).

Nondimeno, lo stesso caso si contraddistingue altresì perché la dichiarazione di irricevibilità è legata, nello specifico, all’assenza del requisito dell’indipendenza, che, come risaputo, è stato notevolmente rafforzato dalla Corte di recente per far fronte agli attacchi alla magistratura polacca. In particolare, la mancata ricevibilità sembra riconducibile alla volontà della Corte – dopo alcuni tentennamenti iniziali – di applicare il nuovo e più elevato standard di indipendenza del giudice nazionale, formulato ai sensi dell’art.

19 TUE, anche nell'ambito del rinvio pregiudiziale, restringendo ulteriormente, per l'effetto, le maglie di applicazione del meccanismo.

Dopo aver ricostruito la vicenda in fatto, la presente nota intende soffermarsi sui tratti salienti della pronuncia della Corte, cercando di porre in evidenza gli aspetti positivi e quelli critici che emergono dalla sua analisi. Talune considerazioni finali saranno formulate con riguardo al possibile e ulteriore sviluppo che la giurisprudenza *Vaassen-Göbbels* dovrebbe intraprendere, nell'ottica della contestuale salvaguardia delle esigenze di lavoro della Corte e della tutela giurisdizionale effettiva dei singoli.

2. Protagonista della vicenda giunta all'attenzione della Corte è SO, atleta austriaca professionista dal 1998 al 2015, dichiarata colpevole della violazione di norme antidoping tra il mese di maggio 2015 e aprile 2017 dall'ÖADR (Commissione austriaca per la lotta al doping) su denuncia della NADA (Organismo indipendente per il controllo antidoping). In particolare, la Commissione austriaca aveva dichiarato invalidi tutti i risultati ottenuti dall'atleta da maggio 2015 e l'aveva sospesa da qualsiasi competizione sportiva per quattro anni, con effetto decorrente dal 31 maggio 2021.

A seguito della decisione dell'ÖADR, SO aveva proposto domanda di riesame all'USK, richiedendo altresì che la decisione non venisse portata a conoscenza del grande pubblico, ai sensi dell'art. 21, par. 3, dell'ADBG (legge federale austriaca in materia antidoping), nel rispetto della propria privacy. Pur confermando nel merito la decisione assunta dall'ÖADR, l'USK aveva deciso di sospendere il procedimento per la parte relativa alla diffusione della notizia della condanna e, per l'effetto, sottoposto alla Corte cinque quesiti pregiudiziali inerenti all'interpretazione del RGPD in rapporto alla legge nazionale austriaca.

3. Sin da subito, la Corte si è soffermata direttamente sull'analisi della ricevibilità della domanda, facendo emergere i propri dubbi relativi alla sussistenza di uno dei criteri *Vaassen-Göbbels*, ovvero l'indipendenza dell'USK. In particolare, come ricordato dalla Corte, questo requisito è composto da due aspetti: un profilo di carattere interno e uno di carattere esterno (sentenza della Corte del 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Wilson*, punti 49 e 50).

Il primo risulta collegato alla nozione di imparzialità, ovverosia all'equidistanza del giudicante dalle parti e alla mancanza di qualsivoglia interesse nella controversia al di fuori di quello dell'applicazione della norma; dunque, secondo questo aspetto, si necessita dell'esistenza di norme che definendo

la composizione dell'organo, la nomina, la durata delle funzioni, nonché le cause di astensione, ricusazione e rimozione dei suoi membri, eliminino ogni dubbio in merito alla neutralità di tale organo rispetto agli interessi in conflitto (sentenza della Corte del 21 gennaio 2020, causa C-274/14, *Banco de Santander*, punto 78, nonché punto 41 della sentenza *NADA*).

Il secondo aspetto, di ordine esterno, prevede invece che “*i casi di rimozione dei membri dell'organismo in questione siano stabiliti da una normativa particolare, mediante disposizioni legislative espresse che forniscano garanzie ulteriori rispetto a quelle previste del diritto amministrativo e del diritto del lavoro applicabili in caso di rimozione abusiva*” (sentenza *NADA*, cit., punto 44, corsivo aggiunto).

Con particolare riferimento a tale ultimo aspetto, la Corte ha osservato che la revoca dei membri dell'USK può essere disposta dal Ministro federale delle Arti, della Cultura e della Funzione pubblica e dello Sport – ossia, un membro dell'esecutivo – per “seri motivi”, senza che essi siano però specificati in alcuna norma (sentenza *NADA*, cit., punti 49 e 50). Ne conseguiva che, dal momento che tale revoca può avvenire in qualunque momento in assenza di criteri e garanzie precise e predeterminate, l'USK non poteva considerarsi a riparo dalla possibile influenza del potere esecutivo e, per tale ragione, non poteva essere qualificato come “organo giurisdizionale” ai sensi dell'art. 267 TFUE.

4. La pronuncia in esame evidenzia con chiarezza come la Corte privilegi oramai, nella propria giurisprudenza, un orientamento decisamente restrittivo riguardo al rispetto, da parte degli organi giurisdizionali nazionali, del requisito dell'indipendenza necessario per poter promuovere un rinvio pregiudiziale. Più nello specifico, la sentenza *NADA* pare una nuova conferma dell'elaborazione della teoria dell'equivalenza dello standard di indipendenza necessario ai sensi dell'art. 267 TFUE e di quello ex art. 19 TUE, intravista per la prima volta nel caso *Krajowa Rada Sądowictwa* (sentenza della Corte del 21 dicembre 2023, causa C-718/21, con nota di M. FISICARO, *La sentenza Krajowa Rada Sądowictwa e i diversi volti dell'indipendenza giudiziaria nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *questo Blog*, 24 marzo 2024 e M. CRISTARELLA ORISTANO, *La nozione di “organo giurisdizionale” e la ricevibilità delle questioni pregiudiziali alla luce del caso L.G. contro Krajowa Rada Sądowictwa: il complesso bilanciamento fra indipendenza dei giudici e dialogo tra Corti*, in *Quaderni AISDUE*, 2024, p. 189 ss.).

Come noto, lo sviluppo di tale teoria è la naturale conseguenza della soluzione approntate dalla Corte in risposta alla crisi dello Stato di diritto

e, più nel dettaglio, dell'indipendenza della magistratura, che si è verificata negli ultimi anni in particolar modo nell'ordinamento polacco (sul tema, v. A. CIRCOLO, *Il valore dello stato di diritto nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Napoli, 2023, spec. p. 193 ss.). Non pare un caso, invero, che nella pronuncia in commento, la Corte faccia riferimento, nei passaggi relativi all'analisi dell'indipendenza, alla pronuncia *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, la prima nella quale essa ha fatto emergere il nuovo standard di tutela dell'indipendenza dei giudici nazionali ai sensi dell'art. 19 TUE (sentenza della Corte del 27 febbraio 2017, causa C-64/16, punti 41 e 42); ma, soprattutto, richiami più volte la sentenza *Banco de Santander*, individuata da parte della dottrina come il punto di inizio del processo di equiparazione dei due standard di indipendenza (v. C. REYNS, *Saving Judicial Independence: A Threat to the Preliminary Ruling Mechanism?*, in *European Constitutional Law Review*, 2021, p. 27).

Occorre qui mettere in luce che l'adozione di tale teoria da parte della Corte presenta tanto aspetti positivi che negativi.

Con riguardo ai primi, è certo che, equiparando la nozione di indipendenza ai fini della ricevibilità del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE a quella legata all'applicazione degli artt. 19 TUE e 47 della Carta, la Corte abbia operato un "innalzamento qualitativo" della tutela in questione. Secondo alcuni, ciò non soltanto era auspicabile in termini di coerenza del sistema – non risultando ragionevole l'esistenza di due diverse "indipendenze", a seconda della norma e del contesto di riferimento (cfr. S. BARBIERI, *Il dilemma nel dialogo: indipendenza del giudice del rinvio e crisi dello Stato di diritto fra coerenza ed effettività*, in AA.VV., *Quaderno AISDUE serie speciale – II ed. Incontro fra i giovani studiosi del diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2022, p. 13 ss.); ma, allo stesso tempo, riesce nell'obiettivo, altrettanto importante, di limitare l'aumento del carico di lavoro della Corte. Invero, pare appena il caso di ricordare che l'interpretazione "a maglie larghe" dei requisiti *Vaassen-Göbbels*, tra cui quello dell'indipendenza, appartiene a un momento storico, ormai superato, ove l'intento era quello di favorire il più possibile lo sviluppo del dialogo tra le corti, all'epoca ancora in fase embrionale (v. le conclusioni dell'Avv. gen. Tesauro, del 15 maggio 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, par. 23; sull'aumento del carico di lavoro della Corte, v. il comunicato stampa n. 59/24 della stessa; più di recente, in dottrina, v. A. CIRCOLO, *'This is Out of my Jurisdiction'. The Court of Justice Confirms that the Exercise of Administrative Functions does not Get Along with Preliminary References: the CityRail Case (C-453/20)*, in *eulawlive.com*, 4 June 2022).

Per quanto concerne invece gli aspetti negativi, va necessariamente rilevato che, restringendo il numero dei possibili organi remittenti, il rischio è quello di rendere più ardua e complessa l'opera di diffusione della corretta e uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione, che rappresenta la finalità principale della procedura di rinvio. Di rimando, inoltre, tale riduzione potrebbe avere altresì ricadute negative sulla tutela giurisdizionale dei singoli individui, che si vedono privati di uno strumento essenziale a tal fine (sulla "vigilanza dei singoli", basti richiamare la sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *van Gend & Loos*); e, nel caso della violazioni sistemiche, sulla salvaguardia dello Stato di diritto negli ordinamenti nazionali (in questo senso, cfr. L. D. SPIEKER, *The Court gives with one hand and takes away with the other*, in *verfassungsblog.de*, 26 March 2020).

Proprio per scongiurare tali rischi, alcuni avvocati generali avevano sostenuto di recente la teoria esattamente opposta, ovvero quella della separazione dei due standard (v. le conclusioni dell'Avv. gen. Tanchev, del 27 giugno 2019, cause riunite C-585/18, C-634/18 e C-625/18, *A.K. c. Krajowa Rada Sądownictwa*, e, successivamente, dell'Avv. gen. Bobek, del 20 maggio 2021, cause riunite da C-748/19 a C-754/19, *Prokuratura Rejonowa w Min'sku Mazowieckim*, par. 161 e 162; in dottrina v. L. D. SPIEKER, *A. Court of Justice The conflict over the Polish disciplinary regime for judges – an acid test for judicial independence, Union values and the primacy of EU law; Commission v. Poland*, in *Common Market Law Review*, 2022, pp. 781-782).

Ad avviso degli stessi, la valutazione dell'indipendenza *ex art. 267* TFUE da parte della Corte costituirebbe un «esercizio qualitativamente diverso» rispetto a quello di cui all'art. 19, tale da giustificare una valutazione più morbida con riguardo all'indipendenza necessaria ad attivare il meccanismo pregiudiziale TUE (v. le conclusioni Tanchev in *A.K.*, cit., par. 111; ma cfr. già le conclusioni dell'Avv. gen. Wahl, del 10 aprile 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*, par. 48 e 49.). Nondimeno, la Corte sembra aver oramai intrapreso il percorso opposto.

5. Certamente, bisogna riconoscere che entrambe le teorie presentano pregi e difetti. Tuttavia, occorre osservare che, a ben vedere, i tre articoli richiamati nell'ambito della tutela dell'indipendenza della magistratura (artt. 19 TUE, 47 della Carta e 267 TFUE) si riferiscono a tre situazioni giuridiche differenti e, soprattutto, sono finalizzati a scopi diversi: l'art. 19 TUE, come di recente interpretato dalla Corte, risponde ad esigenze di tutela legate a violazioni di natura sistemica; l'art. 47 della Carta concerne il diritto soggettivo al giudice indipendente, che viene in rilievo soltanto in caso di singole

violazioni (nell'ambito di applicazione della Carta); l'indipendenza *ex art.* 267 TFUE, da ultimo, è da inquadrarsi in una prospettiva ancor diversa da un punto di vista sistematico, e cioè essa si rende necessaria per individuare l'organo giurisdizionale che può dialogare con la Corte in sede di rinvio, prima ancora che per tutelare, come riconosciuto solo di recente dalla stessa Corte, il "buon funzionamento del sistema di cooperazione giudiziaria costituito dal meccanismo di rinvio pregiudiziale" (sentenza *Banco de Santander*, cit., punto 56).

Risulta quindi evidente che le tre disposizioni in questione nascono in contesti differenti e vengono in rilievo per tutelare situazioni giuridiche diverse tra loro (cfr. 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. 398). Date queste circostanze, non sembra azzardato sostenere la sussistenza di più "qualità" di indipendenza, le quali devono essere rapportate al contesto in cui viene in rilievo il requisito controverso e, soprattutto, all'obiettivo dell'articolo in cui viene richiamato.

A questo scopo, appare emblematico il fatto che solo gli artt. 19 TUE e 47 della Carta menzionino espressamente l'indipendenza, che peraltro non era nemmeno prevista nei requisiti *Vaassen-Göbbels*, ma solo successivamente integrata nella pronuncia *Pretoire di Salò*. Questo sta a significare che, nel contesto della disciplina del rinvio pregiudiziale, il criterio dell'indipendenza rappresenta solo uno dei tanti requisiti utili all'individuazione della nozione di "organo giurisdizionale", che, a sua volta, è anzitutto funzionale all'individuazione dell'organo che può coinvolgere la Corte in via pregiudiziale. Invero, come rilevato dall'Avv. gen. Bobek, l'analisi sull'indipendenza "è incentrata su una questione strutturale, a livello alquanto generale: la posizione di tale organo nel sistema istituzionale degli Stati membri" (conclusioni *Prokuratura Rejonowa w Min'sku Mazowieckim*, cit., par. 166). Conseguenza naturale di ciò è che, in tale contesto, il test inerente all'indipendenza non sembra richiedere standard particolarmente elevati.

Per queste ragioni, la teoria della separazione parrebbe sicuramente più in linea con lo scopo, la struttura ed i valori tutelati dalle diverse disposizioni citati e, allo stesso tempo, sembrerebbe essere in grado di limitare il rischio di un diniego di tutela a sfavore di quei soggetti che, nel far valere i propri diritti davanti ad organi non "propriamente" indipendenti, non potrebbero beneficiare di una pronuncia pregiudiziale della Corte. Infatti, in ogni caso, come ha ricordato la stessa Corte in *NADA*, tali organi sono gravati «dall'obbligo di garantire l'applicazione del diritto dell'Unione nell'adozione delle proprie decisioni e di disapplicare, ove occorra, le disposizioni nazionali che

appaiano contrarie a disposizioni del diritto dell'Unione dotate di effetto diretto» (punto 55 della sentenza).

Peraltro, un'apertura in questo senso si dimostrerebbe assolutamente coerente con la scelta della Corte di spostare il controllo di legittimità del *soft law* dai ricorsi diretti al rinvio pregiudiziale, come visto, ad esempio, nel caso *Fédération bancaire française* (sentenza della Corte del 15 luglio 2021, causa C-911/19; per un commento, J. ALBERTI, *Un atto non vincolante può essere dichiarato invalido? Le Guidelines di EBA dinanzi alla Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2022; F. LIGUORI, *Il sindacato di validità degli orientamenti dell'Autorità bancaria europea*, *ivi*, p. 467 ss.; H. MARJOSOLA, M. VAN RIJSBERGEN, M. SCHOLTEN, *How to exhort and to persuade with(out legal) force: Challenging soft law after FBF*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 1523 ss.). Infatti, questi organi non "propriamente" indipendenti di cui sopra risultano essere proprio i principali applicatori del *soft law*; dunque, risulterebbe contraddittorio ostacolare la loro possibilità di rinvio alla luce del nuovo orientamento in questione.

D'altro canto, per ovviare al richiamato problema del carico di lavoro della Corte, anziché ridurre le domande pregiudiziali in entrata, si potrebbe suggerire l'attribuzione di maggiori competenze al Tribunale dell'Unione europea in sede di rinvio, come già è stato previsto per talune specifiche materie nella recente riforma del Protocollo n. 3 del TFUE sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea (per un commento, A. TIZZANO, *Il trasferimento di alcune questioni pregiudiziali al Tribunale UE*, in *questo Blog*, 11 gennaio 2023; C. AMALFITANO, *Il futuro del rinvio pregiudiziale nell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2022, p. 14 ss.; S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Preliminary Rulings before the General Court Crossing the last frontier of the reform of the EU judicial system?*, in *eulawlive.com*, 17 December 2022; J. ALBERTI, *Il trasferimento del rinvio pregiudiziale al Tribunale, all'alba della sua entrata in vigore*, in *Quaderni AISDUE*, fasc. speciale, 2024, p. 1 ss.).

Se è vero che un ulteriore ampliamento delle competenze del Tribunale si pone in contrapposizione con la sostanziale centralizzazione della funzione interpretativa insita nel rinvio (cfr. le conclusioni dell'Avv. gen. Ruiz-Jarabo Colomer, del 28 giugno 2001, *De Coster*, causa C-17/00, par. 74), è pur vero che evitare che un'errata interpretazione del diritto dell'Unione venga consolidata dal passaggio in giudicato di una decisione nazionale e lasci le parti danneggiate senza ulteriori rimedi disponibili sembra essere un "male minore".

Abstract (ita)

Con il presente lavoro si intende brevemente commentare la recente sentenza *NADA*, con la quale la Corte di giustizia ha dichiarato irricevibile un rinvio pregiudiziale proposto dalla Commissione arbitrale austriaca competente in materia di lotta contro il doping (Unabhängige Schiedskommission Wien – USK) per difetto, da parte di quest’ultima, del requisito dell’indipendenza. Nel commento, particolare attenzione è dedicata all’inquadramento del caso nella “nuova” – e restrittiva – giurisprudenza della Corte sulla nozione di giurisdizione e al suo rapporto con le garanzie di indipendenza di cui agli artt. 19 TUE e 47 della Carta. In conclusione, talune considerazioni critiche sono formulate in merito all’opportunità della scelta della Corte di elaborare la teoria dell’equivalenza degli standard di indipendenza *ex* artt. 19 TUE e 47 della Carta, da una parte, e *ex* art. 267 TFUE, dall’altra.

Abstract (eng)

This paper aims to briefly comment on the recent *NADA* judgment, in which the ECJ declared inadmissible a preliminary reference submitted by the Austrian Arbitration Committee competent in the fight against doping (Unabhängige Schiedskommission Wien – USK) due to the lack of the requirement of independence. The comment pays particular attention to situating the case within the “new” – and restrictive – case-law of the Court on the notion of “tribunal or court” and its relationship with the guarantees of independence provided by Articles 19 TEU and 47 of the Charter. In conclusion, some critical remarks are formulated regarding the appropriateness of the Court’s choice to develop the theory of equivalence of independence standards under Articles 19 TEU and 47 of the Charter, on one hand, and under Art. 267 TFEU, on the other.

GLI ACCORDI SUL COMMERCIO DIGITALE TRA LIBERALIZZAZIONE DEGLI SCAMBI E PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E DELLA *PRIVACY*: IMPLICAZIONI PER LA POLITICA COMMERCIALE COMUNE DELL'UNIONE EUROPEA

Virginia Remondino (Dottoranda di ricerca in Diritto europeo presso l'Università di Bologna) – 6 maggio 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La rilevanza del commercio digitale internazionale. – 3. La disciplina del commercio digitale negli accordi di libero scambio di nuova generazione negoziati e/o conclusi dall'UE con Paesi terzi. – 4. L'ambito d'applicazione materiale degli accordi *ad hoc* sul commercio digitale. – 5. Riflessioni conclusive: l'annosa scelta della base giuridica.

1. Con decisione del 6 giugno 2023, il Consiglio dell'Unione europea ha ufficialmente autorizzato la Commissione, a seguito della raccomandazione adottata da quest'ultima nell'aprile 2023, ad avviare i negoziati per le “discipline del commercio digitale” tra l'Unione e, rispettivamente, Singapore e la Repubblica di Corea (di seguito Corea). L'avvio formale dei negoziati con Singapore è stato annunciato il 20 luglio 2023, seguito alcuni mesi dopo, il 31 ottobre 2023, da quello tra l'Unione e la Corea. Nella Dichiarazione congiunta del vicepresidente esecutivo della Commissione europea, Valdis Dombrovskis, e del ministro coreano del commercio, Dukgeun Ahn, la necessità di siglare un accordo *ad hoc* sul commercio digitale (ACD) affonderebbe le proprie radici nella volontà delle parti di garantire la certezza del diritto alle imprese ed ai consumatori coinvolti nel commercio digitale, attraverso il consolidamento della loro tutela nelle transazioni *online* e la creazione di un ambiente digitale libero, aperto ed equo. Simili considerazioni sono state avanzate nella Dichiarazione congiunta del vicepresidente Dombrovskis e del ministro per il commercio e l'industria di Singapore, nonché nell'ambito del secondo consiglio del partenariato digitale UE-Corea, tenutosi il 26 marzo 2024.

Su questo sfondo, il presente contributo intende analizzare le proposte testuali degli accordi sul commercio digitale, così come avanzate dalla Commissione europea. A tal fine, l'analisi si concentra sull'ambito di applicazione materiale degli ACD, valutandone le innovazioni rispetto alla disciplina dei precedenti accordi di libero scambio (ALS). Non vengono prese in considerazione in questa sede iniziative apparentemente paragonabili, ma all'atto pratico diverse, come la conclusione del Protocollo all'accordo di

partenariato economico tra l'Unione ed il Giappone relativo, unicamente, ai flussi transfrontalieri di dati.

Più precisamente, l'indagine è strutturata come segue. Svolte alcune considerazioni circa la rilevanza del commercio digitale internazionale (v. *infra*, par. 2), si fornirà una ricostruzione della sua attuale disciplina negli accordi di libero scambio (ALS) di nuova generazione ad oggi negoziati e/o conclusi dall'UE con Paesi terzi (v. *infra*, par. 3). Successivamente, l'analisi si soffermerà sulle proposte testuali degli accordi sul commercio digitale UE-Singapore e UE-Corea (v. *infra*, par. 4). Come si dimostrerà, tali proposte mirano ad emendare ed integrare la disciplina del commercio elettronico contenuta negli accordi di libero scambio in vigore tra l'Unione e, rispettivamente, la Corea e Singapore. Ciò in un'ottica di coerenza con l'evoluzione del diritto UE nel campo del mercato unico digitale e con i più recenti accordi di libero scambio negoziati dall'Unione con Paesi terzi, in cui si assiste ad una estensione dell'ambito d'applicazione *ratione materiae* dei capi rubricati come "commercio digitale", in particolare sotto il profilo della disciplina dei dati. Da tale prospettiva, verranno avanzate alcune riflessioni circa la scelta della base giuridica degli ACD. Nello specifico, ci si domanderà se il ricorso al solo art. 207 TFUE possa legittimare l'Unione a disciplinare, all'interno degli accordi sul commercio digitale, interessi di natura non prettamente commerciale, segnatamente la tutela dei dati personali e della *privacy* (v. *infra*, par. 5).

2. La negoziazione di accordi sul commercio digitale intende far fronte ai mutamenti che hanno interessato il commercio internazionale negli ultimi decenni, ove, all'alba della quarta rivoluzione industriale (v. L. FLORIDI, *The Fourth Revolution: How the Infosphere Is Reshaping Human Reality*, Oxford, 2014), un ruolo sempre più predominante_è stato assunto dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC), con in testa internet. Secondo un recente studio elaborato dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo (OCSE), il processo di transizione digitale che sta attualmente investendo la maggior parte dei Paesi della comunità internazionale ha profondamente trasformato il tessuto economico globale, facilitando il coordinamento delle catene del valore globale, aiutando la diffusione di tecnologie e *know-how*, nonché mediante una più stretta ed immediata interazione tra produttori (*business-to-business*) e tra produttori e consumatori (*business-to-consumer*) (v. M. BURRI, R. POLANCO, *Digital Trade Provisions in Preferential Trade Agreements: Introducing a New Dataset*, in *Journal of International Economic Law*, 2020, p. 187 ss.).

Al contempo, la trasformazione da un commercio di tipo “analogico” ad uno di natura digitale solleva alcune sfide senza precedenti relative, in particolare, all’acquisita centralità dei dati ed ai loro flussi transfrontalieri, definiti in dottrina come “the backbone of [digital] trade” (così v. W. BERKA, *CETA, TTIP, TiSA, and Data Protection*, in S. GRILLER, W. OBWEXER, E. VRANES (eds.), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA: New Orientations for EU External Economic Relations*, Oxford, 2017, p. 175 ss. Tra i numerosi contributi in dottrina, v. *inter alia* G. M. RUOTOLO, *The EU Data Protection Regime and the Multilateral Trading System: Where Dream and Day Unite*, in *Questions of International Law*, 2018, p. 5 ss.; S. SALUZZO, *Cross-border Data Flows and International Trade Law: the Relationship between EU Data Protection Law and the GATS*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, p. 807 ss.).

La necessità di far fronte alle innovazioni ed agli ostacoli generati dalle tecnologie digitali sul commercio internazionale non è dunque passata inosservata, essendo stata affrontata, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, in seno all’Organizzazione mondiale del commercio (OMC). Eppure, nonostante il raggiungimento di alcuni importanti traguardi, tra cui l’accordo sulla moratoria all’imposizione di dazi doganali sulle trasmissioni elettroniche, il sistema di norme OMC non risulterebbe, ad oggi, adatto ad affrontare le nuove sfide poste dal commercio digitale (v. M. BURRI, *Towards a New Treaty on Digital Trade*, in *Journal of World Trade*, 2021, p. 77 ss.).

In questo contesto, l’Unione europea ha perciò cercato di ritagliarsi un ruolo di primo piano nella definizione delle regole riguardanti il commercio digitale internazionale. Nella comunicazione del 2021 “Riesame della politica commerciale – Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva”, la Commissione ha enfatizzato che la trasformazione digitale deve rappresentare una “priorità fondamentale” per la politica commerciale comune dell’UE, per due ordini di motivi. In primo luogo, il settore digitale viene considerato un ambito economico destinato ad affrontare un’intensa concorrenza internazionale. Da tale prospettiva, la Comunicazione sottolinea che la riforma dell’OMC, accompagnata dalla stipula di ambiziosi accordi commerciali bilaterali, sia indispensabile per combattere le distorsioni della concorrenza, fornendo un “quadro concordato per il commercio digitale”.

In secondo luogo, sulla scorta del c.d. “effetto Bruxelles” (v. A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, 2019), la Comunicazione pone l’accento sull’esigenza per l’Unione di “proietta[re] verso l’esterno la sua agenda digitale”, al fine di salvaguardare la piena realizzazione di quest’ultima da un contesto globale che

potrebbe “mette[re] alla prova l’approccio alla digitalizzazione basato sui valori dell’UE” (v. E. FAHEY, *The European Union as a Digital Trade Actor: the Challenge of Being a Global Leader in Standard-Setting*, in *International Trade Law and Regulation*, 2021, p. 155 ss.; H. ROBERTS, J. COWLS, F. CASOLARI, J. MORLEY, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Safeguarding European Values with Digital Sovereignty: an Analysis of Statements and Policies*, in *Internet Policy Review*, 2021, p. 1 ss.). Tale orientamento è stato recentemente riaffermato dal Consiglio nelle proprie Conclusioni sulla diplomazia digitale dell’UE, in cui viene sottolineata la necessità di una leadership dell’Unione nelle questioni digitali basata sui diritti umani, essenziale al fine di “rafforzare l’autonomia strategica dell’UE, preservando nel contempo un’economia aperta” (v. sul tema D. BROEDERS, F. CRISTIANO, M. KAMINSKA, *In Search of Digital Sovereignty and Strategic Autonomy: Normative Power Europe to the Test of Its Geopolitical Ambitions*, in *Journal of Common Market Studies*, 2023, p. 1261 ss.; S. POLI, *Reinforcing Europe’s Technological Sovereignty Through Trade Measures: The EU and Member States’ Shared Sovereignty*, in *europeanpapers.eu*, 2023, p. 429 ss.).

3. All’interno del contesto delineato, l’Unione europea ha, a partire dalla nota comunicazione del 2006 “Europa globale”, negoziato e concluso ambiziosi trattati bilaterali di libero scambio, anche noti in dottrina come “accordi di libero scambio di nuova generazione” (v. G. ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell’Unione europea*, Torino, 2021). Si tratta, nello specifico, di accordi internazionali i quali contengono “oltre alle tradizionali disposizioni riguardanti la riduzione dei dazi doganali e degli ostacoli non tariffari incidenti sugli scambi di merci e di servizi, anche *disposizioni in diverse materie connesse al commercio*” (parere della Corte del 16 maggio 2017, 2/15, punto 17, enfasi aggiunta), tra cui figura la disciplina del commercio digitale. Quest’ultimo, in assenza di un’univoca definizione in sede internazionale, è stato concettualizzato dalla Commissione europea come ricomprensivo sia “la fornitura fisica di beni e servizi il cui acquisto avviene digitalmente”, sia “la fornitura digitale di beni e servizi”. Il commercio digitale innova dunque rispetto al “commercio elettronico”, il quale, nelle parole di Alschner, “does not change what is traded (goods and services including their digital avatars) but how it is traded (online)”. Diversamente, il commercio digitale concerne altresì lo scambio dei c.d. *digital assets*, tra cui possono ricomprendersi i *software* e dati (v. W. ALSCHNER, *E-commerce or Digital Trade? Why the Difference Should Matter to Trade Lawyers*, in D. COLLINS, M. GEIST (eds.), *Research Handbook on Digital Trade*, Cheltenham, UK, 2023, p. 54 ss.).

Il cambio di paradigma segnato dal passaggio dal “commercio elettronico” al “commercio digitale” si riflette pienamente nei molteplici ALS di nuova generazione ad oggi negoziati e/o conclusi dall’UE. Gli accordi più risalenti di questo tipo, tra cui l’accordo di libero scambio firmato tra l’Unione europea e la Corea nel 2010, nonché l’accordo di libero scambio firmato tra l’UE e Singapore nel 2018, includono una sezione dedicata al “commercio elettronico” all’interno dei capi inerenti alla prestazione transfrontaliera di servizi ed alla libertà di stabilimento. La disciplina ivi contenuta è piuttosto scarna, limitandosi a riportare gli obiettivi e i principi che ne sono alla base, gli ambiti di cooperazione su questioni di regolamentazione ed alcune specifiche fattispecie tecniche (*i.e.*, dazi doganali sulle trasmissioni per via elettronica, prestazione elettronica di servizi e firme elettroniche). Diversamente, gli accordi di libero scambio di nuova generazione recentemente conclusi o attualmente in corso di negoziazione regolamentano nello specifico la disciplina del commercio digitale. Ci si riferisce, segnatamente, all’accordo di libero scambio tra l’UE e la Nuova Zelanda, firmato nel luglio del 2023; all’accordo di libero scambio tra l’Unione ed il Cile, firmato nel dicembre 2023; all’accordo “di principio” raggiunto con il Messico nell’aprile 2018; ovvero all’accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione concluso tra l’Unione ed il Regno Unito a seguito del recesso di quest’ultimo dall’UE, *ex art. 50 TUE* (v. F. CASOLARI, *Il recesso dall’Unione Europea: per una lettura dell’art. 50 TUE tra diritto sovranazionale e diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 1006 ss.; C. HILLION, *Withdrawal Under Article 50 TEU: An Integration-Friendly Process*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 29 ss.). Infatti, tali accordi ricomprendono un capo propriamente dedicato al commercio digitale, che amplia la disciplina sostanziale della materia rispetto ai precedenti ALS, in particolare con riguardo ai flussi transfrontalieri di dati ed alla tutela dei dati personali e della *privacy* (v., in relazione all’accordo concluso con la Nuova Zelanda, M. BURRI, K. KUGLER, A. D. KER, *Digital Trade in the EU–New Zealand Free Trade Agreement: an Appraisal*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2024, p. 11 ss.). Riferimenti espliciti al commercio digitale ed alla salvaguardia dei dati personali possono riscontrarsi già nei preamboli di alcuni dei summenzionati accordi: nell’undicesimo considerando del preambolo dell’accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l’Unione e il Regno Unito, per esempio, le parti riconoscono “l’importanza di agevolare nuove opportunità per le imprese e i consumatori con il commercio digitale e di eliminare gli inutili ostacoli al flusso di dati e agli scambi per via elettronica, nel rispetto delle norme delle parti sulla protezione dei dati personali”.

Passando all'analisi delle clausole operative, queste includono, sulla scia delle "clausole orizzontali" elaborate dalla Commissione nel maggio 2018, una disposizione riguardante la "protezione dei dati personali e della vita privata", alla quale si accompagna una clausola inerente alla disciplina dei flussi transfrontalieri di dati. A tali disposizioni se ne affiancano poi altre aventi carattere eminentemente tecnico. Queste riguardano sia fattispecie riconducibili alla disciplina del commercio elettronico, tra cui la stipula di contratti per via elettronica, sia disposizioni proprie del commercio digitale, ad esempio il "trasferimento del codice sorgente o accesso a tale codice" (v., a titolo esemplificativo, l'art. 207 UE-Regno Unito ASCC).

Riepilogando, si può dunque affermare che l'ambito d'applicazione materiale dei capitoli riguardanti il commercio digitale contenuti negli ALS ha subito nel corso degli ultimi anni una significativa evoluzione. Se accordi più risalenti, tra cui gli ALS conclusi con la Corea e Singapore, prevedono una disciplina piuttosto basilare, gli accordi negoziati più di recente dall'Unione ne ampliano il contenuto, in particolare sotto il profilo della regolamentazione dei flussi transfrontalieri di dati e della tutela dei dati personali e della *privacy*.

4. Le proposte testuali degli ACD si inseriscono sulla scia tracciata dai capitoli dedicati al commercio digitale di cui alla seconda categoria di accordi di libero scambio poc'anzi esaminata, andando ad emendare ed integrare la disciplina del commercio elettronico propria degli ALS conclusi, rispettivamente, con la Corea e Singapore (art. 28 UE-Corea ACD; art. 28 UE-Singapore ACD). Come si vedrà, la disciplina sostanziale delle suddette proposte non innova radicalmente rispetto a questi ultimi, soffermandosi sulla regolamentazione dei flussi transfrontalieri di dati e sulla tutela dei dati personali e della *privacy*, nonché sulle molteplici fattispecie tecniche che caratterizzano il commercio digitale. Ciò non sorprende particolarmente, se si tiene conto di due differenti ordini di motivi. *In primis*, le proposte testuali di accordo sul commercio digitale si ispirano ai Partenariati digitali ed ai Principi sul commercio digitale firmati dall'Unione con la Corea nel novembre 2022 e con Singapore nel febbraio 2023. Questi ultimi ricalcano la struttura dei capitoli riguardanti il commercio digitale, così come inclusi negli ALS di nuova generazione recentemente conclusi dall'Unione, quale l'accordo con la Nuova Zelanda. In secondo luogo, come anticipato, gli accordi sul commercio digitale mirano ad emendare ed integrare le disposizioni sul commercio elettronico proprie degli accordi di libero scambio in vigore con la Corea e Singapore e che risulterebbero inadeguate a fronteggiare le nuo-

ve sfide insite nell'espansione del commercio digitale internazionale. In tal senso, è la stessa decisione del Consiglio che autorizza la Commissione ad avviare i negoziati per le discipline del commercio digitale a sottolineare che gli accordi di libero scambio conclusi con la Corea e Singapore “provide for substantial commitments for trade in goods and services between the parties, *but they do not include comprehensive rules on digital trade*”.

Venendo quindi ai contenuti previsti dalle proposte testuali di accordo, queste sono introdotte da una clausola riaffermante il diritto di ciascuna parte di legiferare (*right to regulate*), al fine di raggiungere obiettivi politici legittimi. Tale diritto viene poi riconosciuto, sebbene in maniera indiretta, dalla previsione di clausole di eccezione generale (art. 19 UE-Corea ACD; art. 19 UE-Singapore ACD). Queste rimandano alle eccezioni generali incluse negli accordi di libero scambio in vigore tra le parti, le quali si applicheranno *mutatis mutandis* agli accordi sul commercio digitale. La rilevanza del rinvio a tali clausole non deve essere sottovalutata. Esse mirano infatti ad integrare, all'interno degli accordi commerciali, i c.d. “interessi non-economici”, che, in assenza di apposite clausole, potrebbero venire sacrificati sull'altare del più generale obiettivo di liberalizzazione che contrassegna gli scambi commerciali internazionali (v. sul tema E. BARONCINI, *Organo d'appello dell'OMC e non-trade values*, in M. A. LUPOI (a cura di), *Frontiere di tutela dei diritti fondamentali (a settanta anni dalla Costituzione italiana)*, Perugia, 2019, p. 175 ss.; S. DI BENEDETTO, *Modelli giuridici di eccezione e integrazione di valori non commerciali: dall'esperienza del diritto GATT/OMC ai regimi di protezione degli investimenti esteri*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 405 ss.).

Da questa prospettiva, all'interno delle proposte testuali di accordi sul commercio digitale, la volontà di bilanciare obiettivi di natura economica, quale la facilitazione degli scambi mediante il commercio elettronico (art. 1 UE-Corea ACD; art. 1 UE-Singapore ACD), con finalità non strettamente commerciali, trova altresì terreno fertile nell'inserimento di una clausola *ad hoc* dedicata alla protezione dei dati personali e della *privacy* (art. 6 UE-Corea ACD; art. 6 UE-Singapore ACD), ove le parti riconoscono che la protezione dei dati personali e la tutela della vita privata costituiscono un diritto fondamentale. Di conseguenza, si ribadisce che “each Party may adopt and maintain the safeguards it deems appropriate to ensure the protection of personal data and privacy, including through the adoption and application of rules for the cross-border transfer of personal data” (art. 6, par. 2, UE-Corea ACD; art. 6, par. 2, UE-Singapore ACD). Con specifico riguardo alla normativa dell'UE in materia di trasferimento transfrontaliero di dati perso-

nali, v. C. CELLERINO, *Trasferimenti internazionali di dati personali e clausole contrattuali tipo dopo Schrems II*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, p. 351 ss.). Come si avrà modo di vedere nel prosieguo (*infra*, par. 5), l'integrazione negli ACD di disposizioni riguardanti interessi non prettamente economici solleva alcuni importanti quesiti circa la possibilità per l'Unione di concludere tali accordi sulla base del solo art. 207 TFUE, richiedendo un'attenta analisi del legame intercorrente tra le suddette clausole e gli scambi commerciali internazionali.

Alle clausole riguardanti la protezione dei dati personali e della *privacy* si affiancano poi disposizioni riguardanti i “flussi transfrontalieri di dati” (art. 5 UE-Corea ACD; art. 5 UE-Singapore ACD). Esse pongono in essere l'impegno per le parti di assicurare i flussi transfrontalieri di dati mediante la previsione di specifici divieti, tra cui prescrivere l'utilizzo di strutture di calcolo o di elementi di rete nel territorio della parte per l'elaborazione dei dati. In linea con quanto precisato dalla Strategia europea per i dati, emerge in questo modo l'approccio “aperto ma assertivo” dell'Unione rispetto alla regolamentazione dei flussi internazionali di dati. Ciò mediante l'inclusione negli ACD di disposizioni dedicate, da un lato, alla libera circolazione transfrontaliera di dati e, dall'altro, alla tutela dei dati personali e della *privacy*, nel rispetto del diritto primario dell'UE, nonché in coerenza con la relativa disciplina interna (v. ampiamente F. FERRI, *Transizione digitale e valori fondanti dell'Unione: riflessioni sulla costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2022, p. 277 ss.).

5. Alla luce di quanto precede, l'avvio dei negoziati per gli accordi sul commercio digitale solleva alcuni quesiti circa l'idoneità del solo art. 207 TFUE a disciplinare, all'interno di accordi commerciali, interessi di natura non strettamente economica, nel caso di specie la tutela dei dati personali e della *privacy*. Si intende fare riferimento alla questione della base giuridica sostanziale degli accordi sul commercio digitale, ossia all'individuazione della disposizione che collega “tal[i] accord[i] ad un settore d'azione dell'Unione” (così M. GATTI, *La base giuridica dell'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra Unione europea e Regno Unito (TCA)*, in *rivista.eurojus.it*, 2021, p. 96 ss., p. 98). Trattasi di questione che, nonostante appaia di natura squisitamente tecnica, presenta in realtà “un'importanza di natura costituzionale” (v. parere della Corte del 6 dicembre 2001, *Parere 2/00*, punto 5), andando, in particolare, ad incidere sulla suddivisione delle competenze tra l'Unione ed i suoi Stati membri.

Ebbene, come anticipato, la summenzionata decisione del Consiglio au-

torizzante la Commissione ad avviare i negoziati con Singapore e la Corea indica quale base giuridica sostanziale degli ACD il solo art. 207, par. 4, TFUE. Da tale decisione deriva, come principale conseguenza, l'esclusione degli Stati membri dal processo di negoziazione e conclusione degli ACD, rientrando questi ultimi all'interno delle competenze esclusive dell'Unione. Tali accordi non saranno perciò conclusi mediante l'impiego della forma dell'accordo misto, venendo a configurarsi come "EU-only Agreements" (in generale sul tema, v. D. KLEIMANN, *The Legitimacy of 'EU-Only' Preferential Trade Agreements*, in M. HAHN, G. VAN DER LOO (eds.), *Law and Practice of the Common Commercial Policy*, Leiden, 2021, p. 461 ss.).

Alla luce della ricostruzione precedentemente svolta, ci si può tuttavia domandare se detta base giuridica possa ritenersi sufficiente. Ciò in quanto, come esaminato, gli ACD non si limitano a disciplinare gli aspetti prettamente tecnici riguardanti il commercio digitale, prevedendo altresì clausole concernenti interessi non-economici, *i.e.* la protezione dei dati personali e della *privacy*. Ambiti d'azione che, a livello interno, sono stati regolamentati mediante il ricorso a diverse basi giuridiche, tra cui ricordiamo l'art. 16 TFUE (come è avvenuto nel caso del Regolamento generale sulla protezione e la libera circolazione dei dati personali delle persone fisiche (GDPR), nonché, congiuntamente all'art. 114 TFUE, con riguardo alla proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale). Ebbene, l'utilizzo di tale base giuridica, rientrando nell'alveo delle competenze concorrenti dell'Unione, comporterebbe una possibile partecipazione degli Stati membri alla conclusione degli accordi, verificandosi il caso della *c.d. facultative mixity*. Spetterà dunque al Consiglio decidere (discrezionalmente) se esercitare detta competenza, al momento di autorizzare la firma dell'accordo (v. sul tema R. BARATTA, *Sugli accordi misti: spunti di prassi recente*, in U. LEANZA, A. TIZZANO, T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN, R. MASTROIANNI, P. DE PASQUALE, R. CICCONE (a cura di), *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, Napoli, 2014, p. 1369 ss.).

La problematica poc'anzi esposta non è da considerarsi prettamente speculativa, essendo la Corte di giustizia già stata chiamata a pronunciarsi circa la possibilità per l'Unione di includere, all'interno dei propri accordi internazionali conclusi *ex art.* 207 TFUE, disposizioni che mirano a raggiungere obiettivi di natura non-economica (v., *inter alia*, parere della Corte del 4 ottobre 1979, 1/78; sentenza della Corte del 29 marzo 1990, causa 62/88, *Repubblica ellenica c. Consiglio*; sentenza della Corte del 12 dicembre 2002, causa C-281/01, *Commissione c. Consiglio dell'Unione europea*). Tale problematica è poi emersa, con specifico riferimento agli ALS di nuova generazione, nel già menzionato *Parere 2/15*.

È dunque lecito chiedersi se la tutela dei dati personali e della *privacy*,

in quanto interessi non (strettamente) commerciali, possa essere pienamente ricompresa nell'ambito della politica commerciale comune, *ex art. 207 TFUE*. Facendo propria l'argomentazione avanzata dalla Corte nel *Parere 2/15* (punti 141-147), si potrebbe rispondere affermativamente a questa domanda. Invero, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la PCC deve essere "condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione" (art. 207, par. 1, TFUE. V. A. ASTERITI, *Article 21 TEU and the EU's Common Commercial Policy: a Test of Coherence*, in M. BUNGENBERG, M. KRAJEWSKI, C. TAMS, J. P. TERHECHTE, A. R. ZIEGLER (eds.), *European Yearbook of International Economic Law 2017*, Cham, 2017, p. 111 ss.; A. DIMOPOULOS, *The Effects of the Lisbon Treaty on the Principles and Objectives of the Common Commercial Policy*, in *European Foreign Affairs Review*, 2010, p. 153 ss.). Questi ultimi, come noto, includono l'obbligo per l'Unione di contribuire alla tutela dei diritti umani (art. 3, par. 5, TUE) e delle libertà fondamentali (art. 21, par. 1, TUE), tra cui rientrano il rispetto della vita privata e la protezione dei dati personali (artt. 7 e 8 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Di conseguenza, tali diritti dovranno necessariamente essere promossi dall'Unione nei propri accordi internazionali in materia di politica commerciale comune. D'altronde, sono le medesime proposte testuali degli ACD a sostenere tale lettura, evidenziando che "each party recognises that the protection of personal data and privacy is a fundamental right".

Se così è, è lecito allora porsi una domanda: "where does the use of general objectives end, and where does mixity starts?" (così v. C. BEAUCILLON, *Opinion 2/15: Sustainable is the New Trade. Rethinking Coherence for the New Common Commercial Policy*, in *Europeanpapers.eu*, 2017, p. 819 ss., p. 819). In effetti, una volta appurato che la tutela dei dati personali e della *privacy* possono costituire parte integrante della PCC (in quanto rientranti negli obiettivi generali dell'azione esterna dell'UE), occorre stabilire se e in che misura le disposizioni degli ACD in materia presentino un "nesso specifico" con gli scambi commerciali internazionali (*Parere 2/15*, cit., punto 37). Ciò implica, secondo una costante giurisprudenza della CGUE, che le clausole in esame debbono essere "sostanzialmente destinate" a promuovere, facilitare o disciplinare i suddetti scambi, producendo altresì effetti "diretti ed immediati su di essi" (v., *inter alia*, sentenza della Corte del 22 ottobre 2013, causa C-137/12, *Commissione c. Consiglio*, punto 57; sentenza della Corte del 18 luglio 2013, causa C-414/11, *Daiichi Sankyo*, punto 51).

In astratto, la configurazione di tale test potrebbe condurre ad una limitazione dell'ambito operativo della PCC, riconducendo al suo alveo uni-

camente quelle disposizioni degli ACD che, pur mirando a conseguire gli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione, presentino un legame qualificato con gli scambi commerciali internazionali, nel senso sopra richiamato. In concreto, tuttavia, la Corte gode di un ampio margine di manovra nell'applicazione di detto test. Come è stato efficacemente affermato in dottrina, “the Court [in Opinion 2/15] was satisfied with broadly appreciated effects on the [PCC], which can either be sector-oriented or, on the contrary, rather transversal” (così v. C. BEAUCILLON, *op. cit.*, p. 824). Dunque, la semplice affermazione delle parti secondo cui “high standards in [personal data and privacy protection] contribute to trust in the digital economy and to the development of trade” (art. 6, par. 1, UE-Corea ACD; art. 6, par. 1, UE-Singapore ACD), potrebbe essere ritenuta sufficiente dalla CGUE al fine di ricondurre le disposizioni riguardanti la protezione dei dati personali e della *privacy* all'interno della PCC, soddisfacendo il test del nesso specifico. L'argomentazione avanzata dalla Corte nel *Parere 2/15* non appare, però, del tutto esauriente. Infatti, come sostenuto in dottrina, “it will not necessarily be easy to take an objective view of how [the test] should be – and would be – applied in specific cases; *it is a test which favour flexibility over predictability*” (così M. CREMONA, *Shaping EU Trade Policy Post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 231 ss., p. 242, enfasi aggiunta).

Nondimeno, le disposizioni riguardanti la tutela dei dati personali e della *privacy*, di cui agli ACD, potrebbero venire ugualmente ricondotte all'art. 207 TFUE mediante l'esplicito impiego di un ulteriore test, al quale la Corte non si riferisce nel *Parere 2/15* (sul punto, v. E. NEFRAMI, *The Dynamic of the EU Objectives in the Analysis of the External Competence*, in E. NEFRAMI, M. GATTI (eds.), *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, Baden-Baden, 2018, p. 63 ss., p. 72). Si intende fare riferimento al test relativo al c.d. centro di gravità dell'atto, test, peraltro, che dovrebbe sempre trovare applicazione in caso di conflitto tra basi giuridiche (sul punto v. C. ECKES, *EU Powers Under External Pressure: How the EU's External Actions Alter its Internal Structures*, Oxford, p. 116), essendo esso stesso funzionale all'applicazione del test del nesso specifico (in questo senso, si v. sentenza della Corte del 22 ottobre 2013, causa C-137/12, cit., punti 52-58). Ciò garantirebbe peraltro che la scelta della base giuridica dell'accordo internazionale risulti basata su “elementi oggettivi, che possano essere sottoposti a sindacato giurisdizionale, in particolare sul contenuto e sulla finalità dell'atto di cui trattasi” (v. sentenza della Corte del 2 settembre 2021, causa C-180/20, *Commissione c. Consiglio (accordo con l'Armenia)*, punto 15).

Come noto, il test relativo al centro di gravità prevede che, “se l’esame di un atto dell’Unione dimostra che esso persegue una duplice finalità o che possiede una duplice componente, e se una di esse è identificabile come principale o preponderante mentre l’altra è solo accessoria, l’atto deve fondarsi su una sola base giuridica, vale a dire quella richiesta dalla finalità o dalla componente principale o preponderante” (*ibid.*, punto 34). Ora, posto che, come rilevato, gli ACD presentano una duplice componente, appare evidente che le disposizioni riguardanti la tutela dei dati personali e della *privacy* possano considerarsi meramente accessorie rispetto alla componente principale degli stessi, *i.e.* le disposizioni tecniche che regolamentano il commercio digitale (v. capo II UE-Corea ACD; capo II UE-Singapore ACD). Ciò sia da un punto di vista quantitativo sia, significativamente, qualitativo, non costituendo tali clausole alcun nuovo obbligo in capo alle parti contraenti.

Insomma, l’art. 207 TFUE sembrerebbe comunque idoneo a fungere da legittima base giuridica degli ACD. Nondimeno, considerati i dubbi che potrebbero sorgere a riguardo, occorre delineare con chiarezza le ragioni che sono alla base di tale scelta. In questo senso, nell’eventualità di una richiesta di parere alla CGUE, *ex art.* 218, par. 11, TFUE, l’espresso riferimento da parte dei giudici di Lussemburgo al test del centro di gravità dell’atto potrebbe conferire maggiore solidità alla determinazione della base giuridica degli accordi in esame, in tal modo (parafrasando le parole di Cremona) “favouring predictability over flexibility”.

Abstract (ita)

Il presente contributo si propone di analizzare le proposte testuali di accordo sul commercio digitale (ACD) recentemente avanzate dalla Commissione europea, al fine di esaminarne l'ambito di applicazione *ratione materiae*. Lo scopo dello studio è duplice. *In primis*, si determinano le innovazioni apportate dagli ACD ai capi riguardanti il commercio elettronico di cui agli accordi di libero scambio di nuova generazione conclusi dall'Unione europea con Paesi terzi. Come si dimostrerà, gli accordi sul commercio digitale ampliano significativamente l'ambito di applicazione materiale di questi ultimi, in particolare con riguardo alla disciplina dei dati. Da tale prospettiva ed in secondo luogo, l'analisi si sofferma sulla scelta della base giuridica degli ACD, valutando se il ricorso al solo art. 207 TFUE possa legittimare l'Unione a disciplinare, all'interno di tali accordi, interessi non prettamente commerciali, segnatamente la tutela dei dati personali e della *privacy*.

Abstract (eng)

The present contribution aims at analysing the textual proposals of the digital trade agreements (DTAs) recently put forward by the European Commission, in order to assess their scope of application *ratione materiae*. The objective of the study is twofold. *In primis*, the innovative aspects brought about by the DTAs on the e-commerce chapters proper of the EU's new generation free trade agreements concluded with third Countries are to be determined. As it will be demonstrated, digital trade agreements significantly broaden the material scope of application of these latter ones, in particular with regard to data regulation. From this perspective and secondly, the analysis focuses on the choice of the legal basis of the DTAs, by assessing whether the recourse to Art. 207 TFEU alone can legitimize the Union to regulate, within the aforesaid agreements, not purely commercial objectives, notably the protection of personal data and privacy.

OPORTET UT SCANDALA EVENIANT? CONSIDERAZIONI SULL'ISTITUZIONE DELL'ORGANISMO INTERISTITUZIONALE PER LE NORME ETICHE DELL'UNIONE EUROPEA

Alessandro Rosanò (RTDA in Diritto dell'Unione europea, Università della Valle d'Aosta – Université de la Vallée d'Aoste) – 12 luglio 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Etica pubblica e diritto dell'Unione europea: una panoramica. – 3. Verso l'accordo interistituzionale sull'organismo per le norme etiche dell'Unione europea. – 4. L'organismo interistituzionale per le norme etiche dell'Unione europea: composizione, competenze e funzionamento. – 5. Considerazioni critiche. – 6. Conclusioni.

1. Nel maggio di quest'anno è stato siglato da otto tra istituzioni e organi dell'Unione europea l'accordo interistituzionale *ex art.* 295 TFUE sulla creazione di un organismo interistituzionale per le norme etiche dell'Unione (al riguardo, si veda [qui](#)). Quest'ultimo sarà incaricato *in primis* di elaborare norme minime comuni in relazione a settori con riferimento ai quali maggiormente si rilevano criticità concernenti l'indipendenza e l'integrità delle istituzioni e degli organi partecipanti e, in particolare, dei loro membri.

Si tratta di una novità di sicuro interesse, visto che tramite essa si cerca di promuovere l'etica pubblica nel contesto dell'Unione europea e di dare una risposta rispetto a scandali, piccoli e grandi, verificatisi negli ultimi anni, che hanno interessato le istituzioni dell'Unione europea. Dal *Dalligate* al *Barrosogate*, dall'*Oettigate* al *Qatargate*, sono diversi i casi che hanno sollevato questioni non tanto – o non esclusivamente – sul piano penalistico.

Considerando proprio il *Qatargate*, emerso nel dicembre 2022, in esso sono stati coinvolti alcuni membri ed *ex* membri del Parlamento europeo (su tutti, l'allora Vicepresidente del Parlamento europeo, Eva Kaili), sospettati di avere ricevuto denaro e altre regalie per sostenere gli interessi del Qatar e del Marocco (su tale scandalo e i suoi riflessi giuridici, N. PARISI, *Come l'Unione potrebbe proteggersi dalle condotte di corruzione. Qualche considerazione a partire dal cosiddetto Qatargate*, in *I Post di AISDUE*, 13 gennaio 2023, p. 1 ss.; V. LAHMY, *Qatargate: impact et enjeux de la criminalité financière au sein des institutions européennes*, in *Revue de l'Union européenne*, 2023, p. 636 ss.; N. PARISI, D. G. RINOLDI, *Lo "spazio" del diritto penale fra soprannazionalità (dell'Unione europea) e nazionalismo (italiano) alla luce della controversa vicenda "Qatargate"*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2023, p. 14 ss.).

Ricordato allora che è stata questa vicenda a fornire un impulso decisivo al fine della creazione dell'organismo interistituzionale per le norme etiche, nel prosieguo si intende offrire una rapida panoramica quanto alla rilevanza delle questioni di etica pubblica nel diritto dell'Unione europea (paragrafo 2), per poi illustrare come si è giunti all'accordo interistituzionale (paragrafo 3) e come funzionerà l'organismo per le norme etiche (paragrafo 4). Successivamente, si svolgono alcune considerazioni circa gli obblighi derivanti da un accordo interistituzionale, la delega di poteri alla luce della dottrina *Meeroni*, le possibilità offerte dallo Statuto dei funzionari dell'Unione europea e l'indipendenza dell'organismo, tenuto conto di alcuni obblighi scaturenti dalla ratifica da parte dell'Unione della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (paragrafo 5). Si conclude riassumendo l'analisi svolta (paragrafo 6).

2. È stato sostenuto che, nelle materie eticamente sensibili, la Corte di giustizia dell'Unione ha applicato una forma di *self-restraint*, riconoscendo che sono gli Stati membri a farsi interpreti della morale e dei suoi cambiamenti nel corso degli anni (M. FRISCHHUT, "EU": *Short for "Ethical" Union? The Role of Ethics in European Union Law*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2015, p. 544).

Questo è sicuramente vero se si fa riferimento, per esempio, a come è stata interpretata l'eccezione relativa ai motivi di moralità pubblica quanto al divieto di restrizioni quantitative e misure di effetto equivalente (oggi, art. 36 TFUE). Infatti, i giudici di Lussemburgo sono giunti a riconoscere che spetta in linea di principio a ciascuno Stato membro determinare gli imperativi rilevanti nel contesto del suo territorio in base alla sua scala di valori e nella forma da esso individuata (sentenze della Corte del 14 dicembre 1979, causa 34/79, *Henn e Darby*, punto 15 e dell'11 marzo 1986, causa C-121/95, *Conegate c. HM Customs & Excise*, punto 14). Lo stesso approccio è stato manifestato anche in altri ambiti: per esempio, in relazione al caso del licenziamento di una lavoratrice gestante, è stato affermato che il trattamento di fecondazioni artificiali e cellule in via di sviluppo è un tema particolarmente delicato in diversi Stati membri, "contrassegnato dalle molteplici tradizioni e sistemi di valore di questi ultimi" (sentenza della Corte del 26 febbraio 2008, causa C-506/06, *Mayr*, punto 38).

Va però notato che un conto sono casi concernenti soggetti di diritto privato e le loro scelte in ambiti delicati (sul tema, F. DE WITTE, *Sex, drugs & EU law: The recognition of moral and ethical diversity in EU law*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1545 ss.), altro conto sono vicende

che attengono alla condotta di membri e funzionari di istituzioni e organi dell'Unione.

Al riguardo preme sottolineare che, con lo spostamento verso una dimensione non esclusivamente economica del processo di integrazione europea, l'Unione non si è più configurata solamente come un mercato da regolare, ma altresì come una realtà fondata su e capace di esprimere valori (conclusioni dell'Avv. gen. Bot, del 10 marzo 2011, C-34/10, *Brüstle*, punto 46) – evidentemente, quelli individuati all'art. 2 TUE – che manifestano un'identità politica (sentenze della Corte del 16 febbraio 2022, C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, punto 127 e del 16 febbraio 2022, C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, punto 145; per un commento su tali pronunce, J. ALBERTI, *Adelante, presto, con juicio. Prime considerazioni sulle sentenze della Corte di giustizia che sanciscono la legittimità del "Regolamento condizionalità"*, in *rivista.eurojus.it*, 2022, p. 25 ss.) e che però definiscono anche un sostrato etico. E infatti è stato proprio con l'emersione di tale identità che i temi dell'etica pubblica hanno assunto sempre più rilievo nell'ordinamento sovranazionale (in questo senso, M. FRISCHHUT, *The Ethical Spirit of EU Law*, Cham, 2019), spingendo l'Unione a farsi portatrice di una propria impostazione in materia.

Guardando all'assetto attuale del diritto primario, si può richiamare l'art. 17, par. 3, TUE, quanto al fatto che la Commissione esercita le proprie responsabilità in piena indipendenza e che i suoi membri né sollecitano, né accettano istruzioni da alcun governo, istituzione, organo o organismo e si astengono da ogni atto incompatibile con le proprie funzioni o con l'esecuzione dei propri compiti. Tali previsioni, formulate in termini generali, vengono specificate all'art. 245 TFUE, ove si afferma tra l'altro che i commissari europei devono conformarsi agli obblighi derivanti dalla propria carica e, in particolare, ai doveri di onestà e delicatezza per ciò che riguarda l'accettare, dopo la cessazione dalle funzioni, determinati incarichi o vantaggi. Una disposizione simile si ravvisa all'art. 286, par. 4, TFUE, per quel che attiene alla Corte dei conti. Può poi farsi riferimento agli artt. 41 e 43 della Carta dei diritti fondamentali, concernenti rispettivamente il diritto a una buona amministrazione e il diritto di sottoporre al Mediatore europeo casi di cattiva amministrazione nell'azione delle istituzioni o degli organi comunitari.

Sul piano del diritto derivato, le istituzioni e gli organi dell'Unione hanno sicuramente cercato di promuovere comportamenti etici da parte dei propri membri e funzionari. Si comprende allora perché all'art. 36, par. 3, del regolamento finanziario 2018/1046 si richiami la prevenzione dei conflitti di interessi tra gli elementi che devono ispirare i controlli interni nell'e-

secuzione del bilancio dell'Unione; perché l'art. 61 dello stesso sia dedicato proprio alla questione del conflitto di interessi; o anche perché il Titolo II dello Statuto dei funzionari dell'Unione europea, dedicato a doveri e diritti di tali soggetti, contenga previsioni dirette a fare fronte ai problemi posti, per esempio, da conflitti di interesse, attività lucrative dei coniugi o nomine e vantaggi ottenuti a seguito della cessazione dal servizio.

Ulteriormente, assume importanza il fatto che, nel regolamento interno del Parlamento europeo, due previsioni (artt. 10 e 11) siano dedicate alle norme di comportamento e agli interessi finanziari dei deputati, e che diverse istituzioni europee, nonché il Comitato economico e sociale e il Comitato delle regioni, si siano dotati di codici di condotta nei quali si affrontano questioni attinenti a interessi finanziari e conflitti di interessi (per alcune indicazioni sull'argomento, M. FILIPPI, *Strumenti di promozione etica nelle assemblee elettive: i codici di condotta della Camera dei deputati e del Parlamento europeo*, in *Nomos*, 2019, p. 1 ss.). Fanno eccezione il Consiglio europeo (che comunque ha definito un codice di condotta per il proprio Presidente) e il Consiglio, per i quali non esiste un quadro etico comune a livello dell'Unione. Da parte loro, la Commissione europea e il Parlamento europeo hanno altresì istituito comitati che svolgono una funzione di consulenza in favore dei Presidenti delle due istituzioni quanto all'applicazione dei codici di condotta.

L'obiettivo perseguito tramite tali iniziative consiste nell'innalzare "la soglia di contrasto alla corruzione interna" (M. C. CARTA, *L'istituzione dell'organismo europeo indipendente responsabile delle questioni di etica alla prova del Qatargate*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, p. 61), visto che, nel corso del tempo, l'aumento del potere e dell'importanza delle istituzioni dell'Unione europea "has attracted the attention of lobbyists from all over the world, including some who are more than willing to bribe their way to achieving their economic and political goals" (E. DE CAPITANI, *Qatargate: The tip of the iceberg?*, in *verfassungsblog.de*, 10 January 2023). Può dunque parlarsi di un processo di eticizzazione del diritto (S. VÖNEKY, *Grundlagen und Grenzen der Ethisierung des Völkerrechts*, in S. VÖNEKY, B. BEYLAGE-HAARMANN, A. HÖFELMEIER, A.-K. HÜBLER (eds.), *Ethik und Recht – Ethics and Law: Die Ethisierung des Rechts – The Ethicalization of Law*, Heidelberg, 2013, p. 129 ss.) rispetto al quale si è registrato un giudizio sostanzialmente positivo della Corte dei conti dell'Unione, fermo il fatto che c'è la possibilità di conseguire risultati ulteriori (si veda la relazione speciale 13/2019 "I quadri etici delle istituzioni dell'UE controllate: ci sono margini di miglioramento").

3. Negli orientamenti politici per la Commissione europea 2019-2024, la Presidente Ursula von der Leyen affermava che le istituzioni dell'Unione avrebbero dovuto essere – tra l'altro – irreprensibili in materia di etica, trasparenza e integrità e che, perciò, avrebbe sostenuto la creazione di un organismo etico indipendente comune (p. 20). Al riguardo, anche il Parlamento europeo ebbe modo di esprimersi in una risoluzione del 16 settembre 2021, affermando che un organismo del genere avrebbe contribuito ad assicurare che le decisioni pubbliche fossero adottate per fini di interesse comune, permettendo di rafforzare la fiducia dei cittadini nelle istituzioni europee e di diffondere una cultura istituzionale fondata su prevenzione, sostegno e trasparenza. Allora, sulla base di un accordo interistituzionale *ex art.* 295 TFUE, tutte le istituzioni partecipanti avrebbero dovuto riconoscere all'organismo in questione un ruolo preventivo, assegnandogli poteri di sensibilizzazione e orientamento sul piano etico, nonché un ruolo di conformità e una funzione consultiva, dandogli facoltà di formulare raccomandazioni, soprattutto in relazione al tema dei conflitti di interesse. Tuttavia, i poteri decisionali avrebbero dovuto essere mantenuti in capo alle singole istituzioni fintantoché essi non fossero stati attribuiti all'organismo grazie a una corretta base giuridica (punti 1, 9 e 33; per un'analisi, A. SCHMULOW, J. HAUSER, A. ALEMANNI, *Constructing an EU Ethics Oversight Authority: A White Paper*, 15 November 2022, disponibile qui).

Nel suo *follow-up*, l'esecutivo europeo confermava la propria volontà di arrivare alla creazione di un simile organismo, identificando però una serie di criticità di cui si sarebbe dovuto tenere conto. In particolar modo, veniva escluso che l'organismo in parola potesse vedersi riconosciuto il potere di definire “a single set of operational ethical rules applicable to the Members of all institutions”, pur potendo definire principi comuni coerenti con quanto risultante dai Trattati. Inoltre, il mandato dell'organismo avrebbe dovuto essere chiaramente definito per evitare sovrapposizioni con i compiti dell'O-LAF, della Procura europea, del Mediatore europeo e della Corte dei conti. Infine, si escludeva la possibilità di riconoscere all'organismo etico poteri di *decision-making*, dato che “an administrative body with decision-making powers over the Members of the institutions is not provided for in the Treaties”, e di attribuirgli funzioni decisorie relativamente a casi specifici per contrasto con la dottrina *Meroni* (pp. 2-3; sulla dottrina *Meroni*, si veda *infra*).

Proprio a seguito del *Qatargate*, i parlamentari europei sono tornati sul tema prima con una risoluzione, del 15 dicembre 2022, nella quale si sono limitati a richiedere alla Commissione europea di presentare quanto

prima una proposta per l'istituzione dell'organismo etico (punto 10), e poi con un'ulteriore risoluzione, del 16 febbraio 2023. In quest'ultima è stato rilevato che le norme etiche adottate dalle istituzioni europee sono molto frammentate e si fondano su un approccio di autoregolamentazione. Dunque, la Commissione europea è stata nuovamente esortata a presentare una proposta volta a istituire un organismo etico indipendente per il Parlamento europeo e la Commissione stessa, ma aperto anche alla partecipazione di tutte le istituzioni e agenzie dell'Unione. Esso avrebbe dovuto avere il potere di avviare e condurre indagini e verificare la veridicità delle dichiarazioni di interessi finanziari (considerando C, punti 3 e 6).

Nel giugno 2023 la Commissione ha infine presentato la propria proposta di accordo interistituzionale, la quale però è stata fortemente criticata dal Parlamento europeo in una risoluzione, del 12 luglio dello stesso anno. Secondo i parlamentari europei, la proposta della Commissione risultava "insoddisfacente e non sufficientemente ambiziosa, poiché non propone la creazione di un vero e proprio organismo indipendente responsabile delle questioni di etica". Ciò dipendeva, *inter alia*, dal fatto che si contemplava il coinvolgimento di esperti indipendenti soltanto come osservatori e non come membri a pieno titolo dell'organismo e che la proposta si sarebbe applicata solamente ai membri delle istituzioni partecipanti, ma non al personale, comunque sottoposto agli obblighi comuni definiti nello Statuto dei funzionari (punti 4 e 10).

Nella primavera 2024, l'accordo interistituzionale è stato concluso senza recepire le indicazioni del Parlamento europeo ed è entrato in vigore a fine maggio. Vi partecipano il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea, la Commissione europea, la Corte di giustizia (quale osservatrice), la Banca centrale europea, la Corte dei conti, il Comitato economico e sociale e il Comitato delle Regioni ed è riconosciuta alla Banca europea per gli investimenti la possibilità di aderirvi.

4. Nell'accordo interistituzionale viene preliminarmente affermato che etica, integrità e trasparenza sono essenziali per mantenere la fiducia dei cittadini nell'operato delle istituzioni dell'Unione e che è importante che i membri di tali realtà e degli organi consultivi dispongano di norme chiare al riguardo (considerando nn. 1 e 3). Si rende quindi necessario istituire un organismo interistituzionale per le norme etiche che, tra l'altro, dovrebbe elaborare norme minime comuni di condotta per i membri delle istituzioni e degli organi partecipanti (considerando n. 6), fermo il fatto che nessuna disposizione dell'accordo interistituzionale dovrebbe impedire a una parte

di imporre requisiti etici più rigorosi ai propri membri (considerando n. 10) e che in nessun caso l'accordo dovrebbe giustificare un abbassamento degli standard etici già applicati (considerando n. 11).

L'accordo definisce il quadro giuridico e i principi di funzionamento dell'organismo per i membri delle parti (art. 1, par. 1), ossia per gli europarlamentari, l'Alto rappresentante PESC e i membri della Commissione europea, del Comitato esecutivo della Banca centrale europea (BCE), del Consiglio direttivo e del Consiglio di vigilanza della BCE nell'esercizio delle loro funzioni, della Corte dei conti europea, del Comitato economico e sociale e del Comitato europeo delle Regioni in relazione al loro mandato nell'Unione, nonché per i membri del Comitato direttivo della Banca europea per gli investimenti e del Consiglio di amministrazione della stessa nell'esercizio delle loro funzioni a seguito dell'adesione della Banca (art. 2).

Altri organi e organismi dell'Unione possono comunicare all'organismo l'intenzione di applicare volontariamente l'intera serie di norme minime comuni da esso elaborate, o che esso elaborerà, in relazione alle disposizioni applicabili ai loro membri (art. 20, par. 1).

L'organismo è composto da un membro per ciascuna parte (art. 3), che svolge le funzioni di presidente secondo un meccanismo di rotazione annuale (art. 4), ed è assistito da cinque esperti indipendenti che partecipano a tutte le riunioni in veste di osservatori e consigliano i membri (art. 5, par. 1).

Esso ha, in primo luogo, il compito di elaborare norme minime comuni di condotta per i membri delle parti in una serie di ambiti, tra i quali interessi finanziari e non che questi ultimi sono tenuti a dichiarare, attività esterne, accettazione di doni, ospitalità, viaggi, ricompense, decorazioni, premi e onorificenze nel corso del mandato e attività successive al termine del mandato (art. 6, par. 2, lett. a) e art. 8). Le parti convengono di rispecchiare le norme minime comuni nelle loro discipline interne, mediante decisioni adottate in forza dei poteri di organizzazione interna (art. 23, par. 2).

Inoltre, spetta all'organismo aggiornare tali norme, fornirne un'interpretazione in astratto e promuovere la cooperazione tra le parti (art. 6, par. 2, lett. b), d), e)). Tuttavia, il funzionamento dell'organismo non incide sulle competenze di quelle o sui loro poteri di organizzazione interna e l'organismo non può applicare le norme interne di una parte a singoli casi (art. 6, par. 3).

Ciascuna parte effettua un'autovalutazione scritta delle proprie disposizioni interne e del relativo allineamento alle norme minime comuni e ai loro eventuali aggiornamenti entro quattro mesi dalla comunicazione della normativa comune. Gli esperti indipendenti elaborano un parere scritto su

ogni autovalutazione entro due mesi dalla riunione dell'organismo e, entro due mesi dal ricevimento del parere, questo procede a uno scambio di opinioni, adottando infine una relazione. Alla luce di tale documento, ciascuna parte riesamina e, qualora lo ritenga opportuno, aggiorna le proprie norme interne entro quattro mesi (art. 10). La procedura si applica, *mutatis mutandis*, anche agli organi e organismi dell'Unione che decidano di applicare volontariamente le norme minime comuni (art. 20, par. 2).

5. Sul versante politico, la creazione dell'organismo interistituzionale può essere valutata come un tentativo di segnare una cesura rispetto a una fase contraddistinta da troppi scandali, culminata nel *Qatargate*, che ha compromesso fortemente la credibilità delle istituzioni europee. La valenza simbolica è innegabile. Va però compreso se l'organismo potrà effettivamente produrre un cambiamento sul piano dell'etica pubblica praticata – e non soltanto predicata – nel sistema dell'Unione o se dovrà essere visto come niente più che uno specchio per le allodole.

Sul punto allora, passando al versante giuridico, deve ricordarsi che le norme minime comuni che verranno elaborate dall'organismo non saranno vincolanti in quanto tali ma, perché questo accada, si renderanno necessarie decisioni a livello di organizzazione interna. Al riguardo, la formulazione dell'art. 23, par. 2, dell'accordo interistituzionale suscita qualche dubbio, visto che si stabilisce che le parti “convengono di rispecchiare le norme minime comuni”. Non si parla di un recepimento *sic et simpliciter* di quelle norme minime. È vero che i considerando nn. 10 e 11 riconoscono che le parti possono definire requisiti etici più rigorosi e che l'accordo non dovrebbe condurre a un abbassamento degli standard esistenti. Tuttavia, a quel che sembra, le norme minime comuni dovrebbero configurarsi come una falsariga a cui le parti potranno attingere – eventualmente, *à la carte* – per ridefinire i propri quadri etici.

Dunque, si conferma un aspetto problematico già identificato con riferimento alla situazione anteriore all'accordo interistituzionale, riguardo alla quale si rilevava che le mancanze derivavano “in larga misura dall'utilizzazione di un approccio di autoregolamentazione in cui, in caso di violazione delle regole etiche sancite dai singoli codici di condotta di ciascuna istituzione, i deputati, i commissari ed il personale giudicano sé stessi” (M. C. CARTA, *op. cit.*, p. 68). Così, le parti rimangono responsabili della definizione delle regole applicabili; il che porta a mettere in discussione l'effettiva utilità dell'organismo, che finirà presumibilmente, per svolgere tutt'al più il ruolo di pungolo – *absit iniuria verbis*, di grillo parlante.

Ebbene, si ritiene che l'accordo interistituzionale avrebbe potuto essere più ambizioso. Per chiarire questo aspetto, va ricordato che l'art. 295 TFUE prevede che il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione, nel rispetto dei Trattati, possono concludere accordi interistituzionali che possono assumere carattere vincolante. Tale previsione, introdotta con il Trattato di Lisbona, ha dato un importante riconoscimento formale a una tipologia di atto sviluppatasi in via di prassi con lo scopo ora di specificare previsioni contenute nei Trattati, ora di definire semplicemente intese di natura politica (sul tema, I. EISELT, P. SLOMINSKI, *Sub-Constitutional Engineering: Negotiation, Content, and Legal Value of Interinstitutional Agreements in the EU*, in *European Law Journal*, 2006, p. 209 ss.). Il valore cogente degli accordi interistituzionali sussiste allora in ragione di quanto stabilito dall'art. 295 TFUE, ma anche del collegamento tra l'atto in parola e l'obbligo di leale cooperazione ex art. 4, par. 3, TUE: pertanto, un accordo interistituzionale può produrre effetti giuridici in ragione della volontà delle parti di vincolarsi (G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, VIII ed., Torino, 2020, p. 331). Si può ricavare da questo che, se le parti avessero acconsentito, sarebbe stato possibile prevedere non un potere normativo vero e proprio in capo all'organismo (si veda subito *infra* il richiamo alla sentenza *Romano* della Corte di giustizia), bensì un obbligo – con le dovute eccezioni – di recepire le norme comuni proposte da quello, considerato anche che esso è composto da rappresentanti delle istituzioni e degli organi europei partecipanti.

Ulteriormente, preme sottolineare che all'organismo non è stato attribuito il potere di applicare gli standard esistenti in relazione a casi concreti (sul tema, A. ALEMANNI, *Unboxing the EU Body for Ethical Standards*, in *verfassungsblog.de*, 7 May 2024). Come è stato detto, “this is a major issue, as rules on paper that are not properly enforced (“walk the talk”) can even backfire in terms of public trust” (M. FRISCHHUT, *A new EU Body for Ethical Standards: Final destination or important interim step?*, in *EU Law Analysis*, 9 May 2024).

Da questo punto di vista, giova richiamare la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di delega di poteri. In *Meroni*, i giudici di Lussemburgo sostennero che le conseguenze di una delega differiscono a seconda che essa riguardi poteri d'esecuzione nettamente circoscritti e il cui esercizio può essere rigorosamente controllato in ragione di criteri obiettivi stabiliti dall'autorità delegante oppure un potere discrezionale che comporti una ampia libertà di valutazione, atto a esprimere – in quell'occasione – una politica economica vera e propria (sentenza della Corte del 13 giugno 1958,

9/56, *Meroni c. Alta Autorità*, punti 40-41). In *Romano*, la Corte si spinse fino al punto di escludere che potesse essere delegato da parte delle istituzioni – nella fattispecie, il Consiglio – il potere di adottare atti a carattere normativo (sentenza della Corte del 14 maggio 1981, 98/80, *Romano*, punto 20). In tempi più recenti, è stato riconosciuto che non contrasta con l'interpretazione fornita in *Meroni* il caso di un'agenzia – l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati – che non gode di una competenza autonoma, la quale vada al di là del quadro normativo rilevante, e l'esercizio dei cui poteri è disciplinato da vari criteri e condizioni, non potendosi reputare sussistente un vero potere discrezionale (sentenza della Corte del 22 gennaio 2014, causa C-270/12, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*, punti 44-45, 50; per un primo approfondimento dei temi qui accennati, J. ALBERTI, *Delegation of powers to EU Agencies after the Short Selling Ruling*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 451 ss.; M. SIMONCINI, *The Delegation of Powers to EU Agencies after the Financial Crisis*, in *europeanpapers.eu*, 2021, p. 1485 ss.). Indicazioni specifiche sono state poi fornite per quel che riguarda le norme armonizzate elaborate dagli organismi di normalizzazione (sentenza della Corte del 27 ottobre 2016, causa C-613/14, *James Elliott Construction*, sulla quale A. VOLPATO, *The harmonized standards before the ECJ: James Elliott Construction*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 591 ss.).

Allora, poteri sanzionatori avrebbero potuto essere assegnati all'organismo interistituzionale per le norme etiche se si fosse scelto di procedere a una precisa determinazione dei criteri che l'organismo stesso avrebbe dovuto rispettare nell'esercizio delle proprie funzioni. Pur essendo possibile, ciò non è stato fatto. Sembra quindi potersi registrare una carenza di volontà delle istituzioni europee circa un effettivo impegno nel contrastare determinati fenomeni.

Inoltre, si può fare presente che lo Statuto dei funzionari sembrerebbe riconoscere la possibilità di interventi incisivi sul piano della promozione dell'etica pubblica. Infatti, all'art. 2 si stabilisce che ogni istituzione determina le autorità che esercitano nel suo ambito i poteri demandati dallo Statuto all'autorità che ha il potere di nomina, precisandosi che una o più istituzioni possono affidare a una di esse o a un organismo interistituzionale l'esercizio di una parte o dell'insieme dei poteri devoluti all'autorità che ha il potere di nomina, con l'eccezione delle decisioni relative alle nomine, alle promozioni o ai trasferimenti di funzionari. *Ex art. 9, par. 1-bis*, per l'applicazione di talune disposizioni dello Statuto può essere istituita presso due o più istituzioni una commissione paritetica comune. Allora, come è stato rilevato facendo riferimento a tali previsioni, “under the Staff Regulations, it would

(...) be possible to set up an EU ethics body with the power to decide on inter alia conflict of interests of staff and to annex to such an EU ethics body a common Joint Committee that is specifically set up with the aim of upholding a high standard of ethical integrity” (si veda lo studio elaborato da A. ALEMANNO su richiesta di un europarlamentare del gruppo dei Verdi, p. 49).

Infine, si può svolgere qualche riflessione con riferimento al tema dell'indipendenza dell'organismo interistituzionale. Come detto in precedenza, esso è composto da rappresentanti delle parti. *Ex art. 6, par. 3*, dell'accordo, ciascuna parte ha piena facoltà di procedere alla sostituzione o alla riconferma del proprio rappresentante. Requisiti di competenza, esperienza, qualità professionale e – appunto – indipendenza non sono previsti, a differenza di quel che accade con i cinque esperti indipendenti, i quali però partecipano alle riunioni in veste di osservatori e svolgono un ruolo consultivo. Probabilmente, anche in relazione a tali profili avrebbe potuto essere compiuta una scelta diversa, introducendo adeguati standard per i rappresentanti e prevedendo un coinvolgimento più significativo degli esperti. Peraltro, ciò sarebbe risultato coerente con gli obblighi derivanti dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, alla quale l'Unione europea aderì nel 2008. Ai sensi dell'art. 6, par. 1, di tale Convenzione, ogni Parte contraente assicura l'esistenza di uno o più organi incaricati di prevenire la corruzione mediante l'applicazione di politiche di prevenzione e l'accrescimento e la diffusione delle conoscenze concernenti la prevenzione della corruzione. Visti i compiti attribuitigli, può reputarsi che l'organismo interistituzionale per le norme etiche possa assolvere la seconda e la terza di tali funzioni. Tuttavia, al par. 2 del medesimo articolo, si specifica che gli organi in questione debbano godere dell'indipendenza necessaria a permettere l'esercizio efficace delle loro funzioni al riparo da ogni indebita influenza.

6. Qualche anno fa, uno studioso si domandava se fosse possibile affermare che l'Unione europea è fondata su di una “rule of ethics” e la risposta che si dava era che “there is a tendency to attach more and more importance to ethics in EU law” (M. FRISCHHUT, “EU”: *Short for “Ethical” Union?*, cit., p. 576).

Nel sistema istituzionale dell'Unione è ampiamente invalso il ricorso a codici di condotta e ora, a questo dato, si aggiunge anche la creazione dell'organismo interistituzionale per le norme etiche. Perciò, pare possibile concordare con quell'affermazione. Al tempo stesso, però, bisogna riconoscere l'esistenza di una discrepanza tra ciò che si auspica di realizzare attraverso tali iniziative e ciò che è stato effettivamente conseguito.

Di certo, i codici di condotta non hanno impedito il verificarsi dei gravi scandali di cui si è detto. Quanto all'organismo interistituzionale, si sono evidenziati i limiti relativi ai poteri a esso attribuiti e all'apparente mancanza di volontà delle parti, che non paiono avere sfruttato appieno le potenzialità dell'accordo *ex art. 295 TFUE*, nonché gli spazi concessi dalla dottrina *Meroni* e dallo Statuto dei funzionari. Si è anche sottolineato il tema relativo all'indipendenza dell'organismo.

È lecito domandarsi allora per quale motivo le istituzioni europee si siano impegnate tanto per concludere l'accordo. Anche in questo caso, può condividersi l'opinione dello studioso citato *supra*, secondo il quale l'obiettivo era presumibilmente quello di presentare un risultato prima delle elezioni europee di giugno e il compromesso raggiunto era probabilmente il prezzo da pagare per ottenere il coinvolgimento di quante più parti possibili (M. FRISCHHUT, *A new EU Body for Ethical Standards*, cit.).

Ci sono allora buoni motivi per sostenere che difficilmente fosse possibile fare di più e che comunque quanto realizzato non sia abbastanza per determinare un cambiamento sul piano dell'etica pubblica nell'Unione.

Abstract (ita)

Nel maggio di quest'anno è stato siglato da otto tra istituzioni e organi dell'Unione europea l'accordo interistituzionale *ex art. 295 TFUE* sulla creazione di un organismo interistituzionale per le norme etiche dell'Unione. Quest'ultimo sarà incaricato in primis di elaborare norme minime comuni in relazione a settori con riferimento ai quali maggiormente si rilevano criticità concernenti l'indipendenza e l'integrità delle istituzioni e degli organi partecipanti e, in particolare, dei loro membri. Nel contributo si intende offrire una rapida panoramica quanto alla rilevanza delle questioni di etica pubblica nel diritto dell'Unione europea per poi illustrare come si è giunti all'accordo interistituzionale e come funzionerà l'organismo per le norme etiche, nonché evidenziare alcuni aspetti critici.

Abstract (eng)

This May, the interinstitutional agreement under Article 295 TFEU on the establishment of an EU interinstitutional ethics body was signed by eight of the institutions and bodies of the European Union. It will be charged primarily with the task of developing common minimum standards in relation to areas where critical issues concerning the independence and integrity of the participating institutions and bodies and, in particular, of their members, are most relevant. The paper aims to provide a quick overview as to the relevance of public ethics issues in European Union law and then to outline how the interinstitutional agreement was concluded and how the ethics body will work, and to highlight some critical issues.

THE ECONOMIC PARTNERSHIP AGREEMENT BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND THE REPUBLIC OF KENYA: AN EXAMPLE OF “VARIABLE GEOMETRY” APPROACH

Gabriele Rugani (Post-Doc Researcher in EU Law – University of Pisa) – 6 maggio 2024

SUMMARY: 1. Introduction: preliminary remarks and aims of the contribution. – 2. Overview of EU trade agreements, with particular reference to Economic Partnership Agreements (EPAs). – 3. Trade relationships between the EU and Kenya and their mutual interest in concluding an EPA. – 4. The failure of the EU-EAC EPA, an example of “bloc-to-bloc” agreement. – 5. The “variable geometry” approach and the negotiations of the EU-Kenya EPA. – 6. The main provisions of the EU-Kenya EPA. – 7. Concluding remarks: the limits of “bloc-to-bloc” agreements and the (possible) advantages of the “variable geometry” approach.

1. On Monday 18 December 2023, an Economic Partnership Agreement (EPA) was signed between the European Union and the Republic of Kenya, in the framework of an official ceremony in Nairobi involving European Commission President Ursula von der Leyen and Kenyan President Dr. William Samoei Ruto. Such agreement was enthusiastically defined by the European Commission itself as “the most ambitious trade deal ever signed by the EU with a developing country when it comes to sustainability provisions such as climate and environmental protection, labour rights and gender equality” (European Commission, *Press Release – EU and Kenya sign ambitious Economic Partnership Agreement with strong sustainability provisions*, 18 December 2023).

Given the above, this contribution will try to investigate the most relevant aspects of the EU-Kenya EPA, which can be defined as a perfect example of “variable geometry” approach: this means that the perimeter of its application can change, since it is designed to accept other countries which want to subsequently join on the same terms, as we will see (on the “variable geometry” approach, see for instance: P. LLOYD, *The Variable Geometry Approach to International Economic Integration*, in *International Journal of Business and Development Studies*, 2009, pp. 51-66). For a better understanding of the EPA, however, we must preliminarily recall some key elements of EU trade agreements, in general, and of EU trade relationships with Kenya, in particular. Then, we must retrace the key moments of the process that led to the signature of the agreement at stake: more specifically, the failure

of a previous instrument, the EU-EAC EPA, an example of “bloc-to-bloc” agreement (i.e. between two regional organisations in their entirety); and the decision of the EU and Kenya to adopt a new model, the “variable geometry” approach, and to negotiate a different EPA between them. Only then will it be possible to analyse in detail the content of the agreement and some of its key provisions. Finally, some concluding considerations will be made.

2. As well known, while the earliest EU trade agreements were almost exclusively focused on the removal (or at least on the reduction) of tariff barriers to trade, the latest pacts are much more ambitious: the movement of goods and services among the signatories through tariff elimination is no longer the one and only *raison d'être* of the agreements; besides that, the aim of the EU is also to promote sustainable development, implementing values such as the protection of the environment (including the climate change policy) and of workers, intellectual property rights, inclusive growth, research and development and the protection of human rights (L. PASQUALI, *The EU-MERCOSUR Agreement as Source of Development of Specific Global Norms and Standards*, in C. GARCÍA SEGURA, J. IBÁÑEZ, P. PAREJA (dirs.), *Actores Regionales y Normas Globales: la Unión Europea y los BRICS como Actores Normativos*, Valencia, 2021, pp. 131-142, at p. 133; on the point see also: I. BARTHESAGHI, N. DE MARIA CALVELO, N. MELGAR ALASSIO, M. A. PEREIRA, *La nueva generación de acuerdos de la Unión Europea y sus implicancias en el sistema internacional*, in E. TREMOLADA ALVAREZ (dir.), *Gobernanza, cooperación internacional y valores democráticos comunes*, Bogotá, 2019, pp. 445-478).

To be even more specific, according to the European Commission, EU trade agreements can be divided into four categories: “first generation” agreements, negotiated before 2006, that focus on tariff elimination (as mentioned above); “second generation” agreements, which extend to new areas, including intellectual property rights, services and sustainable development; “Deep and Comprehensive Free Trade Areas” (DCFTAs) that create stronger economic links between the EU and its neighbouring countries; and “Economic Partnership Agreements” (EPAs) focusing on development needs of African, Caribbean and Pacific (ACP) regions (European Commission, *Press Release – EU trade agreements: delivering new opportunities in time of global economic uncertainties*, 14 October 2019).

Obviously, the agreement with Kenya falls in the fourth category, as part of the trade relationships of the EU with ACP countries, regulated at first by the 1975 Lomé Convention (“ACP-EEC Convention of Lomé”,

signed on 28 February 1975), then by the 2000 Cotonou Agreement (“Partnership Agreement between the members of the African, Caribbean and Pacific Group of States of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part, signed in Cotonou on 23 June 2000”), and finally by the Samoa Agreement (“Partnership Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Members of the Organisation of the African, Caribbean and Pacific States, of the other part”), that was signed on the 15th November 2023 and that is provisionally applicable since the 1st January 2024. While the Cotonou Agreement (according to its Article 34, para. 1) aimed to reduce and eventually eradicate poverty and contribute to the gradual integration of the ACP countries into the world economy (on the point see, for instance: F. MARTINES, *La Cooperazione tra l’Unione Europea e i Paesi ACP: il lascito dell’Accordo di Cotonou e le sfide per un (nuovo?) partenariato*, in A. DI STASI, G. FAUCEGLIA, G. MARTINO, P. PENNETTA (a cura di), *Liber Amicorum per Massimo Panebianco*, Napoli, 2020, pp. 383-403), the Samoa Agreement aims to strengthen the capacity of the EU and the ACP countries to address global challenges together and lays down common principles in the following six priority areas: democracy and human rights (with particular attention to gender equality); sustainable economic growth and development; climate change; human and social development; peace and security; migration and mobility (according to its Article 4, para. 3).

The EU-Kenya EPA, indeed, must be analysed in such framework: its aims are defined by Article 2, para. 2, as “consistent” with the objectives of both the Cotonou Agreement and what is referred to as “its successor agreement”, i.e. the Samoa Agreement. The two treaties are mentioned in several other provisions as well (such as Article 4, devoted to “Principles”). This allows us to better understand why the EU-Kenya EPA gives particular attention to matters such as sustainability, labour, gender equality, environment and the fight against climate change.

3. With regard to Kenya, it should be preliminarily noted that such country is the ninth largest economy on the African continent and is East Africa’s main economic hub. Its economy achieved broad-based growth, averaging 4.8% per year between 2015 and 2019, significantly reducing poverty, from 36.5% in 2005 to 27.2% in 2019. The economy experienced a reasonably strong recovery after the Covid-19 pandemic, albeit the country’s economy is currently affected by high inflation. GDP growth remained robust at 4.8% in 2022 (World Bank, *Kenya Overview*, last updated: 19 September 2023).

As far as trade relationships between the EU and Kenya are concerned, on the one hand, the latter considers the former its second largest trading partner: notably, the EU is Kenya's first export destination, with 16% of its total exports in 2022, followed by Uganda (12%) and USA (8%); with respect to imports, instead, the EU is ranked in third place (10% of total Kenyan imports), behind China (20%) and India (11%). Total trade between the EU and Kenya reached €3.3 billion in 2022, with an increase of 27% compared to 2018.

On the other hand, in the EU's view, Kenya represents a major ally in Africa, in the current economic and political context. According to the European Commission, such country is "one of the most stable democracies in the continent, with a growing political role in the region and internationally" and can be defined as a key partner in Sub-Saharan Africa in order to "pursue an agenda of shared values and interests, promote peace and security, prosperity, and democratic stability in the region, as well as multilateralism" (European Commission, *The EU-Kenya agreement explained*).

Given the above, it becomes clear that the EU-Kenya EPA meets important commercial and strategic needs of both parties. In order to fully comprehend the relevance of the agreement, however, there are some antecedents that must be duly highlighted.

4. It cannot be omitted the fact that the EU-Kenya EPA was preceded by another EPA: the "bloc-to-bloc" EPA concluded on 16 October 2014 between the European Union and the East African Community (EAC). The latter is a regional (*rectius* sub-regional) international organisation founded in 1999 that includes countries located in the Eastern part of the African continent. At the time of the conclusion of the agreement, besides the Republic of Kenya, the other EAC Member States were the Republic of Burundi, the Republic of Rwanda, the Republic of Uganda and the United Republic of Tanzania; instead, the Republic of South Sudan, the Democratic Republic of Congo and the Federal Republic of Somalia joined later, respectively in 2016, 2022 and 2024.

The EU-EAC EPA comprised 147 articles, complemented by roughly 500 pages of annexes. After the "General Provisions" (Part I), it embodied provisions on trade in goods, customs cooperation and trade facilitation (Part II), fisheries (Part III), agriculture (Part IV) and economic and development cooperation (Part V). It also included "Institutional Provisions" (Part VI), articles on dispute avoidance and settlement (Part VII), "General Exceptions" (Part VIII) and "General and Final Provisions" (Part IX). The

main attempt of the agreement was to ban unjustified or discriminatory restrictions on imports and exports (European Commission, *EU trade relations with the East African Community. Facts, figures and latest developments*).

To fully enter into force, the EU-EAC EPA had to be signed and ratified by each party: the EU, the EAC, and their respective Member States, according to their national ratification procedures. However, while all EU MSs, and the EU itself, signed the EU-EAC EPA, only Kenya and Rwanda have done so on the EAC side; moreover, Kenya is the only EAC state to have ratified the agreement. The latter, consequently, did not enter into force.

One of the main reasons behind the discomfort of the EAC countries was the fact that the agreement limited the imposition of new export taxes on raw materials and non-processed foods. Traditionally, EAC countries heavily rely on export taxes to curb the export of raw materials and import of processed goods, in order to foster the development of a domestic industry. To make up for losses of government revenue from the elimination or substantial reduction of tariffs, the EU agreed to transitionally provide financial resources to the Partner States (Art. 100, para. 1, let. c). Yet, these payments were unlikely to cover the costs of the forgone industrialization incurred by exporting cheap raw materials rather than processing them within the region.

Moreover, there were also other motivations concerning the individual EAC countries. In particular, Burundi, which was sanctioned by the EU after political unrest when President Pierre Nkurunziza ran for a controversial third term in 2015, bound the signature of the EPA to the lifting of sanctions on behalf of the European Union. Tanzania feared that agricultural products like maize bran, cotton seed oil cake and shelled groundnuts, but also several non-agriculture products, would have been at risk of elimination from the domestic market. Uganda, instead, allegedly waited for the bloc to take a common stance.

In brief, it was clear that not all EAC Member States had the same level of incentive to join the EU-EAC EPA, and the disagreements among them resulted in a standstill (A. MAURER, C. MAGIS, J. TAMMELLEO, *Kenya and its role in intra-Africa regional trade. The prospects of the EU-Kenya EPA – Briefing requested by the INTA committee*, Brussels, 13 July 2023, pp. 13-17).

5. For the reasons mentioned above, however, Kenya was still interested in concluding an EPA with the EU and searched a solution to break the deadlock. Upon request of such country, therefore, EAC heads of States

declared at their 21st ordinary summit in February 2021 that the EAC shall explore a different strategy: no longer a “bloc-to-bloc” agreement, but a “variable geometry” approach (on the point see: E. PICHON, *Economic Partnership Agreement with Kenya (East African Community) – Briefing by the European Parliamentary Research Service*, February 2024). The latter implied the conclusion of a different EPA with the EU, only involving Kenya, but open for other EAC countries to join later.

On 17 February 2022, the EU and Kenya signed a Joint Statement at the margins of the EU-AU Summit agreeing to advance negotiations on the EU-Kenya EPA. Such agreement was meant to reflect the previous EPA, but to be complemented by binding commitments on environmental protection, climate and labour right, in the form of Trade and Sustainable Development (TSD) provisions (European Commission, News Article – EU and Kenya advance talks on interim Economic Partnership Agreement with sustainability provisions, 17 February 2022), in line with the aims of the new Samoa agreement.

Negotiations were concluded on 24 May 2023 at technical level, and on 19 June 2023 at political level. On 12 December 2023, the Council adopted its Decision on the signature (Council of the European Union, *Press Release – The EU and Kenya sign a landmark Economic Partnership Agreement*, 19 December 2023). Finally, as anticipated, on 18 December 2023 the Economic Partnership Agreement between the European Union and the Republic of Kenya was signed. The EPA will enter into force after ratification by the parties according to their own internal legal procedures (European Parliament, *Legislative Train Schedule – Economic partnership agreement with Kenya*, 20 February 2024).

6. The content of the EU-Kenya EPA is broadly similar to that of the EU-EAC EPA. This is unsurprising: as stated in its preamble, the EU-Kenya EPA “aims to implement the provisions of the EU-EAC EPA”, given the failure of such agreement. As a result, also in this case, the text comprises 147 articles and, after the “General Provisions” (Part I), it embodies provisions on trade in goods, customs cooperation and trade facilitation (Part II), fisheries (Part III), agriculture (Part IV) and economic and development cooperation (Part V); once again, there are also “Institutional Provisions” (Part VI), articles on dispute avoidance and settlement (Part VII), “General Exceptions” (Part VIII) and “General and Final Provisions” (Part IX).

The main objective of the EPA is obviously to liberalise EU-Kenya trade. However, as in other EPAs, the agreement in question provides for

an asymmetric removal of tariffs: on the one hand, the EU will fully liberalise access to its market immediately upon application of the EPA, and all goods from Kenya (except arms) will enter the EU market without tariffs or quotas; on the other hand, Kenya will open its market gradually to imports from the EU, benefitting from transitional periods (Article 27); in addition, Kenya will be able to exclude sensitive products from liberalisation (more specifically, Kenya decided to exclude from liberalisation various agricultural products, wines and spirits, chemicals, plastics, wood-based paper, textiles and clothing, footwear, ceramic products, glassware, articles of base metal and vehicles). Finally, Kenya may also benefit from other provisions that take into account its development needs such as special safeguards for agriculture, measures on food security and infant industry protection (Article 50) (European Commission, *The EU-Kenya agreement explained*).

With specific reference to disputes, Part VII of the EPA establishes efficient mechanisms. Its Title I is devoted to “Dispute Avoidance”, and provides for “Consultations” (Article 110) and “Mediation” (Article 111). Its Title II, instead, concerns “Dispute Settlement” and includes the establishment of an arbitration panel (Article 113) that adopts a ruling (Article 115); there is also the possibility of “Temporary Remedies in case of Non-Compliance”, such as compensation or retaliatory measures: in this regard, “the complaining party shall endeavour to select measures that least affects the attainment of the objectives of this Agreement and shall take into consideration their impact on the economy of the Party complained against”; moreover, the measures “shall be temporary and shall be applied only until any measure found to violate the provisions of this Agreement have been withdrawn or amended so as to bring it into conformity with those provisions or until the Parties have agreed to settle the dispute” (Article 117). It should be noted that the provisions of Part VII are also broadly similar to the ones included in the previous EU-EAC EPA. Moreover, similar dispute avoidance and settlement mechanisms exist also in other agreements between the EU and African countries: for example, in Part III of the EPA between the European Union and the Southern African Development Community (SADC) EPA Group (i.e., Botswana, Lesotho, Mozambique, Namibia, South Africa and Swaziland; on the point see, for instance: European Commission, *EPA SADC – Southern African Development Community*).

The text of the EPA is complemented by several annexes entitled as follows: “Customs duties on products originating in the EAC Partner State(s)” (Annex I); “Customs duties on products originating in the EU” (Annex II); “EPA Development Matrix” (Annex III); “Joint Declaration regard-

ing countries which have established a Customs Union with the European Union” (Annex IV); “Trade and Sustainable Development” (Annex V); “Joint Declaration of the European Union and the Republic of Kenya on the Economic and Development Cooperation under this Agreement” (Annex VI); the agreement is also complemented by a specific Protocol on mutual administrative assistance in customs matters, and two Joint Statements on Rules of Origin and on Trade and Sustainable Development respectively.

Particular attention should be paid to Annex V on “Trade and Sustainable Development”, which is the reason why the European Commission defines the EU-Kenya EPA as “the most ambitious trade deal ever signed by the EU with a developing country when it comes to sustainability provisions such as climate and environmental protection, labour rights and gender equality”. Such Annex, indeed, represents an innovation of this agreement, since nothing similar was included in the EU-EAC EPA; furthermore, even if there are TSD provisions also in other agreements (for example, in Part I, Chapter II, of EPA between the EU and the SADC EPA Group), the ones at stake are undoubtedly the most complete and advanced.

Going into detail, Annex V prohibits parties to reduce labour and environmental standards to attract trade or investment (Article 2), and contains obligatory provisions on the implementation in the parties’ legal systems of multilateral labour standards and agreements (Article 3), on trade and gender equality (Article 4), on multilateral environmental governance and agreements (Article 5), on trade and climate change (Article 6), on trade and biological diversity (Article 7), on trade and forests (Article 8), on trade and sustainable management of marine biological resources and aquaculture (Article 9), on trade and investment supporting sustainable development (Article 10), on trade and responsible business conduct and supply chain management (Article 11). Among the obligations deriving from such provisions, it must be highlighted that, *inter alia*, the parties shall ratify and implement relevant multilateral international agreements concerning the fields at stake, such as the fundamental ILO Conventions (in the field of labour), the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (in the field of gender equality) and the Paris agreement (in the field of climate change).

In the case of a breach of the obligations of Annex V by one of the parties, Article 17 on “Consultations and Mediation” states that both the articles of Part VII, Title I, of the EPA (i.e. 110 and 111), concerning “Dispute Avoidance”, shall apply. Article 18 of the Annex, instead, regards “Dispute Settlement” and establishes that several articles of Part VII, Title II, of the EPA shall apply; among such articles, however, there is no reference to Article 117 of the

EPA, devoted to “Temporary Remedies in case of Non-Compliance” (such as temporary compensation or retaliatory measures; on the point, see above). Therefore, as in many other EU trade agreements, in case TSD provisions are violated, not all the rules concerning regular dispute settlement are applicable: a feature that, according to some scholars, represents one of the main weaknesses of the provisions at stake (on the point see, for instance: M. BRONCKERS, G. GRUNI, *Taking the enforcement of labour standards in the EU’s free trade agreements seriously*, in *Common Market Law Review*, 2019, pp. 1591-1622).

Finally, it is also worth mentioning Article 144 of the EU-Kenya EPA: according to its para. 1, “This Agreement shall be open to accession by any State that is a contracting party to the Treaty for the Establishment of the East African Community [...]”. This means that, as anticipated, the other EAC countries, that currently do not have the same level of incentive of Kenya to conclude an agreement with the EU, are free to join later, in accordance with the “variable geometry” approach.

7. Given the above, it is now possible to make some concluding remarks. Undoubtedly, what has been illustrated shows certain limits of “bloc-to-bloc” agreements negotiated by the EU: when the States that are part of a region or a sub-region – such as East Africa – do not have the same level of incentive to join a treaty, also due to the disparities in the degrees of development among such countries, the result can be a stalemate in the process of conclusion of the agreement itself. All this at the expense of those parties that have true economic and political interests in sealing the deal.

The case of the EU-Kenya EPA also shows that a solution to the above-mentioned criticisms can be represented by the “variable geometry” approach. The latter allows to negotiate the agreement only with the most motivated country (or countries) of the regional bloc, while the others are free to join later, when they are ready to do so. Following such strategy, it is also more likely for the agreement to achieve deeper levels of integration: this is demonstrated by the fact that the EU-Kenya EPA comprises, *inter alia*, “Trade and Sustainable Development” provisions, that were not included in the EU-EAC EPA and that bring consistency with the aims previously set out in the Cotonou Agreement and now embodied in the new Samoa Agreement, but also with the case law of the Court of Justice of the EU (on the point see, for instance: C. BEAUCILLON, *Opinion 2/15: Sustainable Is the New Trade. Rethinking Coherence for the New Common Commercial Policy*, in *europeanpapers.eu*, 2017, pp. 819-828).

However, before reaching a final assessment on the point, it will be

necessary to verify the success of the EU-Kenya EPA, and of the “variable geometry” approach, in the next future. In particular, it is essential to understand if such agreement, after its (likely but not certain) entry into force, will actually attract other EAC countries and promote the development of the whole bloc; or if, on the contrary, it will isolate Kenya from the rest of the other EAC Member States, increasing the abovementioned economic gap and interfering with the regional integration process of the organisation.

Abstract (ita)

Il contributo prende in considerazione l’APE UE-Kenya, firmato il 18 dicembre 2023 e definito dalla Commissione europea come l’accordo commerciale “più ambizioso” tra l’UE e un paese in via di sviluppo sotto il profilo delle disposizioni sulla sostenibilità. L’articolo, preliminarmente, fornisce una panoramica degli accordi commerciali dell’Unione, con particolare riferimento agli APE, e delle relazioni commerciali tra l’UE e il Kenya, evidenziando il loro reciproco interesse alla conclusione di un APE. Poi, si focalizza sui momenti chiave del processo verso un accordo: più nello specifico, il fallimento di un precedente strumento, l’APE UE-EAC, un esempio di accordo “da blocco a blocco”; nonché la decisione di adottare un approccio a “geometria variabile”, negoziando un APE UE-Kenya aperto agli altri paesi dell’EAC che volessero aderire successivamente. A questo punto, il contributo analizza alcuni dei principali elementi dell’APE UE-Kenya: in particolare, l’eliminazione asimmetrica delle tariffe; i meccanismi di prevenzione e risoluzione delle controversie; e le disposizioni su “Commercio e sviluppo sostenibile”. Infine, sarà possibile svolgere alcune considerazioni conclusive.

Abstract (eng)

The contribution takes into consideration the EU-Kenya EPA, signed on 18 December 2023 and defined by the European Commission as the “most ambitious” trade deal between the EU and a developing country when it comes to sustainability provisions. The article, preliminarily, gives an overview of EU trade agreements, with particular reference to EPAs, and of trade relationships between the EU and Kenya, highlighting their mutual interest in concluding an EPA. Then, it focuses on the key moments of the process leading to an agreement: more specifically, the failure of a previous instrument, the EU-EAC EPA, an example of “bloc-to-bloc” agreement; and the decision to adopt a “variable geometry” approach, negotiating an EU-Kenya EPA open for other EAC countries to join later. At that point, the contribution analyses some of the key elements of the EU-Kenya EPA: in particular, the asymmetric removal of tariffs; the dispute avoidance and settlement mechanisms; and the “Trade and Sustainable Development” provisions. Finally, some concluding considerations will be made.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SUL MANCATO RILASCIO DELLA CARTA DI IDENTITÀ VALIDA PER L'ESPATRIO: IL CASO *DIRECȚIA PENTRU EVIDENȚA PERSOANELOR ȘI ADMINISTRAREA BAZELOR DE DATE*

Federica Maria Russo (Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa) – 17 luglio 2024

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti di causa: la pronuncia della Corte. – 3. Considerazioni a margine della sentenza.

1. Con sentenza del 22 febbraio 2024 (causa C-491/21), la Corte di giustizia si è pronunciata in merito alla possibilità di ottenere, da parte di un cittadino rumeno, il rilascio di un valido documento di identità dal proprio Stato, nonostante fosse domiciliato in un diverso Stato membro (per un primo commento, v. P. ROSSI, *Si alla carta d'identità valida per espatrio ai cittadini residenti in altro Stato UE*, in *NT+ Diritto*, 22 febbraio 2024; V. MARINAS SERRA, *El TJUE declara que la negativa de expedición de documentos de identidad a un nacional, con motivo de su residencia en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad, es contrario al derecho de la Unión*, in *Crónica Legislativa y Jurisprudencial Unión Europea, España y Portugal*, Uría Menéndez, Madrid, 2024, p. 193 ss.).

In particolare, interpellata in via pregiudiziale dal giudice rumeno sulla compatibilità della normativa nazionale rumena con l'art. 26, par. 2, TFUE, 20, con gli artt. 21, par. 1 e 45, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali, nonché con gli artt. 4 e 6 della direttiva 2004/38/CE, la Corte ha stabilito che il rifiuto da parte della Romania del rilascio della carta d'identità a favore del ricorrente viola la libertà di circolazione e integra una discriminazione tra cittadini dell'Unione, specificatamente tra cittadini rumeni domiciliati in Romania e cittadini rumeni domiciliati in altro Stato membro.

La presente nota intende ricostruire i passaggi salienti della pronuncia del giudice dell'Unione e, alla luce di ciò, offrire alcune brevi riflessioni sulla tematica in cui essa si innesta, vale a dire la cittadinanza europea e la libertà di circolazione e soggiorno di cui godono i cittadini dell'Unione.

2. La vicenda in esame vede protagonista Corneliu-Liviu Popescu (WA), avvocato rumeno e console onorario delle Seychelles a Bucarest, il quale esercitava la sua attività professionale sia in Francia, dove è domiciliato, sia in Romania, dove aveva fissato la residenza. Le autorità rumene gli avevano rilasciato un passaporto elettronico, da cui risultava la domiciliazione fran-

cese, e una carta di identità provvisoria che, tuttavia, non gli consentiva di espatriare in Francia e, dunque, di poter svolgere la sua professione.

Per questa ragione, l'avv. Popescu si era dapprima rivolto alla Direzione dello stato civile rumeno (*Direcția pentru Evidența Persoanelor*), che aveva contestato il rilascio della carta di identità al richiedente a causa della domiciliazione francese; e, in seguito, aveva fatto ricorso alla Corte d'Appello, la quale aveva anch'essa respinto le doglianze dell'avvocato, sottolineando come la normativa sarebbe stata pienamente compatibile con il diritto dell'Unione e che essa non imporrebbe agli Stati membri l'obbligo di rilascio del documento di identità.

Il ricorrente ha appellato tale decisione all'Alta corte di cassazione e giustizia rumena (*Înalta Curte de Casație și Justiție*), la quale si è rivolta in via pregiudiziale al giudice dell'Unione, chiedendo di chiarire i dubbi sollevati con riguardo alla legittimità della normativa rumena in rilievo con l'*acquis communautaire*.

Al termine di una articolata analisi, la Corte è giunta a ritenere che osta al rispetto delle suddette norme ostacolare la libera circolazione di un cittadino dell'Unione per il sol fatto di essere domiciliato in un diverso Stato membro, poiché tale circostanza creerebbe una disparità di trattamento fondata unicamente sulla domiciliazione e, perciò, del tutto ingiustificata.

In particolare, il giudice dell'Unione, dopo aver preso in esame la normativa rumena applicabile al caso di specie, ha anzitutto ribadito il suo orientamento ormai consolidato in tema di cittadinanza, secondo cui l'art. 20 TFUE conferisce lo *status* fondamentale di cittadino europeo a chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro; e che la libertà riconosciuta ai cittadini dell'Unione dall'art. 21, par. 1, TFUE, può essere limitata solo da disposizioni dei trattati o da atti che vi danno esecuzione (sull'art. 20 TFUE, v. la sentenza della Corte del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, punto 31; dell'11 luglio 2002, causa C-224/98, *D'Hoop*, punto 28; del 1à agosto 2022, causa C-411/20, *Familienkasse Niedersachsen-Bremen*; in dottrina, G. TESAURO (a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO), *Manuale di diritto dell'Unione europea*, vol. I, IV ed., Napoli, 2023, p. 349 ss.).

A questo punto, essa ha precisato che, sebbene il rilascio del documento di identità, ossia del passaporto o della carta di identità, sia rimesso alla decisione degli Stati membri sulla base della direttiva 38/2004, ciò deve comunque avvenire nel rispetto delle norme del Trattato richiamate e, dunque del principio del primato, che impongono agli Stati di non operare una scelta che sia sfavorevole soltanto per talune categorie di cittadini. Invero, una tale differenza di trattamento può essere giustificata solo da circostanze ogget-

tive di interesse generale che, nella specie, lo Stato rumeno non è riuscita a dimostrare.

Nel caso oggetto della pronuncia, invero, emergeva che, alla luce della normativa rilevante in materia, mentre ai cittadini rumeni domiciliati in Romania sono rilasciati sia un passaporto che una carta di identità semplice o elettronica, ai cittadini rumeni domiciliati in altro Stato membro sono rilasciati un passaporto e una carta di identità provvisoria non valida per l'espatrio (F. ALBU, M.D. TOLTICA, E.F. PETRUȚ, *Vulnerabilities of the Romanian ID Card*, in *European Journal of Public Order and National Security*, n. 3, 2016, p. 20 ss.). Nello specifico, il ricorrente nel procedimento principale aveva manifestato di non potersi recare liberamente in Francia, in quanto il proprio passaporto era depositato presso l'ambasciata di Bucarest ed egli non disponeva di una carta di identità valida per l'espatrio alla luce di tale normativa (lo Stato rumeno avrebbe dovuto e potuto rilasciare un passaporto provvisorio, ma questo, per i naturali tempi tecnici, non sarebbe stato pronto prima di un mese)

Per questa ragione, la Corte ha riscontrato una restrizione dei diritti riconosciuti ai sensi dell'art. 21 TFUE nella parte in cui la normativa rumena costituisce un ostacolo alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione e non consente ai cittadini dell'Unione di godere dei diritti derivanti da tale *status*. Difatti, come espressamente ricordato dalla Corte, le disposizioni previste dal TFUE non potrebbero dispiegare i loro effetti qualora il cittadino europeo venisse dissuaso da norme nazionali interne ad esse ostative (a titolo esemplificativo, v. la sentenza della Corte del 29 aprile 2004, causa C-224/02 *Pusa*).

Peraltro, la Corte ha pure rilevato che la normativa rumena si poneva in contrasto con le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali e, in particolare, con l'art. 45. Invero, come già detto a proposito dell'art. 21 TFUE, anche con riguardo alla limitazione delle norme della Carta viene in rilievo il principio di proporzionalità, il quale obbliga gli Stati membri a utilizzare soltanto per lo stretto necessario le possibili deroghe. In particolare, la Corte ha precisato che «una misura nazionale idonea ad ostacolare l'esercizio della libera circolazione delle persone può essere giustificata solo se è conforme ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta, di cui la Corte garantisce il rispetto» (punto 50 della sentenza, con richiamo alla sentenza del 21 giugno 2022, causa C-817/19, *Ligue des droits humains*, punto 281); e che «qualsiasi restrizione dei diritti di cui all'articolo 21, paragrafo 1, TFUE violerebbe necessariamente l'articolo 45, paragrafo 1, della Carta, nei limiti in cui il diritto di ogni cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, previsto dalla Carta, riflette il diritto conferito dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE».

Pare persino superfluo ribadire nuovamente come la domiciliazione in uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza non potesse costituire una giustificazione idonea e valida per limitare tanto l'art. 21 TFUE, quanto l'art. 45 della Carta (cfr. S. SOLDEVILA FRAGOSO, *La libertad de circulación amenazada por la burocracia*, in *Actualidad administrativa*, n. 4, 2024; C. ZAÏZOUNI, *Le refus d'un Etat membre de délivrer à l'un de ses ressortissants une carte d'identité au seul motif que celui-ci est domicilié dans un autre Etat membre constitue une restriction au droit à la liberté de circulation au sein de l'Union européenne*, in *Délégation des Barreaux de France — Lettre hebdomadaire*, n. 1030, 22 febbraio 2024, p. 5).

3. Pur confermando l'ovvio, ovvero che la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione è oramai assicurata in maniera piena ed effettiva dalla Corte sulla base delle norme del Trattato e della Carta, la pronuncia in esame appare comunque interessante poiché chiarisce espressamente quali sono le tutele previste dal diritto dell'Unione e, specificamente, sotto il profilo delle norme sulla cittadinanza, rispetto ad una situazione ove il proprio domicilio è in un Paese dell'Unione diverso da quello di origine e appartenenza.

Invero, sebbene lo Stato rumeno avesse sostenuto, nel procedimento principale, che il trattamento dell'avv. Popescu non appariva come discriminatorio, in quanto il passaporto rilasciato gli permetteva l'espatrio *de facto*, ciò integrava chiaramente una disparità di trattamento tra cittadini rumeni domiciliati in Romania, a cui vengono rilasciati due documenti validi per l'espatrio, e quelli domiciliati nel resto del territorio UE. E, benché *ex art.* 4 della direttiva 38/2004 spetti agli Stati membri selezionare il documento da emettere, nel caso in questione la Romania aveva rilasciato all'avvocato un solo documento valido per l'espatrio (momentaneamente indisponibile) e una carta d'identità provvisoria che non gli permetteva di recarsi nello Stato francese. In tal modo, seppur la scelta dello Stato rumeno apparisse formalmente lecita, in quanto espressamente contemplata dalla normativa europea, in concreto era diretta a creare una discriminazione di trattamento tra cittadini europei (in questo senso, v., ad es., la sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2018, causa C-679/16, *A* (Aiuto per una persona con disabilità)).

La Corte ha aggiunto dunque un ulteriore tassello – o, per meglio dire, l'ennesimo – alla propria consolidata giurisprudenza sulla cittadinanza, la quale, attraverso interpretazioni spesso estensive e talvolta creative, continua ancora oggi a confermarsi come un rifugio sicuro per le garanzie riconosciute dal Trattato ai cittadini dell'Unione.

Abstract (ita)

La presente nota intende ricostruire i passaggi salienti della pronuncia del giudice dell'Unione nel caso caso *Direcția pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date* e, alla luce di ciò, offrire alcune brevi riflessioni sulla tematica in cui essa si innesta, vale a dire la cittadinanza europea e la libertà di circolazione e soggiorno di cui godono i cittadini dell'Unione.

Abstract (eng)

The purpose of this paper is to outline the main passages of the judgment of the Court of Justice of the European Union in the case *Direcția pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date* and, in the light thereof, to offer some brief reflections on the issue in which it is based, namely the EU citizenship and the freedom of movement and residence that EU citizens enjoy.

**Atti Convegno IFA
(Immigrazione, Frontiere e Asilo)
Roma, 13 ottobre 2023
I flussi migratori via mare e il diritto dell'Unione europea**

Premessa

di Simone Marinai

Come componenti del Forum “Immigrazione, Frontiere e Asilo” (IFA), fin dal momento in cui lo stesso è stato istituito nel novembre 2021, ci siamo posti l’obiettivo di stimolare, nell’ambito dell’AISDUE, gli studi ed il dibattito scientifico sui diversi profili della politica di immigrazione dell’Unione europea, intesa in senso ampio. Per far questo, l’attività del Forum è stata fin qui condotta essenzialmente in due direzioni: da una parte, sono stati prodotti documenti utili per la ricerca, i *bollettini* (diffusi on line da AISDUE tramite i propri canali), strumento che consente un aggiornamento costante, ogni mese, sulle novità giurisprudenziali, normative e bibliografiche in materia; dall’altra, è stata portata avanti una intensa attività seminariale e convegnistica. Gli eventi organizzati – in presenza, on line o in modalità ibrida – sono di diverso tipo: in alcuni casi, l’attenzione è stata rivolta alle riforme della normativa dell’Unione in materia (e, in particolare, al travagliato percorso che ha condotto all’approvazione del Patto sulla migrazione e l’asilo); in altri casi, il dibattito ha preso spunto dagli sviluppi giurisprudenziali, in particolare della Corte di giustizia. Abbiamo poi avviato la prassi di organizzare, con cadenza annuale, almeno un evento più strutturato, su temi di ampio respiro. Nel corso del 2023, in particolare, tale evento si è svolto il 13 ottobre presso il Dipartimento di Scienze Politiche della Sapienza Università di Roma, grazie all’iniziativa ed alla splendida ospitalità di Francesco Battaglia. Il seminario ha avuto ad oggetto “*I flussi migratori via mare e il diritto dell’Unione europea*”, tema che è stato affrontato nell’ambito di due Sessioni, presiedute rispettivamente da Fabio Spitaleri e Emanuela Pistoia, ai quali sono particolarmente grato per l’attività di coordinamento del Forum che svolgono insieme a me.

In questo numero della Rivista “Quaderni AISDUE”, vengono raccolti i contributi scritti che traggono spunto dalle relazioni presentate in occasione del predetto seminario romano, opportunamente integrate ed arricchite con l’aggiunta di ulteriori riflessioni sviluppate dai singoli autori anche alla luce dello stimolante dibattito svoltosi con toni informali, ma sempre con assoluto rigore scientifico, nel corso dell’iniziativa.

Più nel dettaglio, seguendo la struttura del seminario, anche la presente raccolta di scritti si apre con l’*Introduzione* di Fabio Spitaleri alla prima Sessione, intitolata “*Il controllo alle frontiere e le missioni di ricerca e salvataggio*”, nel corso della quale sono state fatte emergere le specificità che,

dal punto di vista giuridico, l'immigrazione via mare pone. In particolare, sono state evidenziate le difficoltà riscontrate nella concreta attuazione della strategia che l'Unione persegue in questo specifico contesto. Filo conduttore dei diversi contributi è rappresentato dall'evidente necessità che le attività di controllo delle frontiere esterne e di limitazione degli sbarchi, alla base di questa strategia, non possano derogare rispetto agli imperativi derivanti dall'esigenza di rispettare i diritti fondamentali dei migranti via mare e i vincoli imposti dal diritto internazionale. Il ruolo di Frontex, finora sbilanciato di più sul primo fronte, è stato oggetto di attenta analisi da parte di Ivan Ingravallo, il quale ha evidenziato le carenze, ma anche le prospettive di miglioramento, dell'azione dell'Agenzia in relazione alla tutela dei diritti fondamentali. Nonostante le indubbie criticità emerse in relazione ai meccanismi di tutela giurisdizionale esperibili a fronte di eventuali violazioni dei diritti fondamentali commesse nel corso delle attività operative di Frontex, è stata valorizzata l'importanza di un approccio reputazionale ispirato all'esigenza di assicurare l'*accountability* dell'Agenzia mediante l'attivazione di strumenti a carattere politico-amministrativo che negli ultimi anni sono stati impiegati ad esempio dal Mediatore europeo, dal Parlamento europeo, dalla Corte dei Conti, da OLAF. Al ruolo delle ONG nelle operazioni di ricerca e soccorso nel Mediterraneo è invece dedicato il contributo di Erika Colombo, la quale ha messo a fuoco la portata dell'obbligo di soccorso in mare, imposto dal diritto internazionale, e la necessità di un coordinamento a livello di Unione delle ONG che, in attuazione di questo obbligo, conducono operazioni di salvataggio. Al contempo, nel contributo in questione viene sottolineato che la riforma che ha condotto all'approvazione del Patto sulla migrazione e l'asilo non ha apportato novità significative in materia di ricerca e soccorso in mare, visto che le nuove norme si limitano a concepire le operazioni SAR come una misura eccezionale di cui tener conto esclusivamente in funzione dell'obiettivo di contenere i flussi e evitare quanto più possibile gli attraversamenti non autorizzati.

La seconda Sessione del seminario, intitolata "*Il Piano d'azione per il Mediterraneo centrale*", si apre con l'*Introduzione* di Emanuela Pistoia che, nell'anticipare i punti cardine del Piano d'azione, ha illustrato le strategie più recenti dell'Unione europea in materia di immigrazione via mare, focalizzate senza dubbio sull'obiettivo del contenimento delle partenze, in funzione del quale diventa prioritaria la cooperazione con gli Stati terzi dalle cui coste originano i flussi migratori. È in questo contesto che Francesco Battaglia, nel suo contributo, si è occupato del fenomeno delle intese informali con Paesi terzi, che rappresentano uno dei principali strumenti per la limitazione delle par-

tenze di imbarcazioni cariche di migranti verso gli Stati membri dell'Unione. In particolare, con riferimento al *Memorandum of Understanding* concluso dall'Unione con la Tunisia, è stata analizzata la procedura seguita per la sua adozione, mettendo in evidenza la scarsa trasparenza del relativo processo negoziale e degli impegni materialmente assunti, e prestando attenzione agli effetti che la stessa intesa informale è *in grado di produrre*, soprattutto con riferimento alle sue possibili ripercussioni in termini di tutela dei diritti umani. Marco Borraccetti ha invece dedicato il suo lavoro al processo di riforma della direttiva 2011/36 volta a prevenire e contrastare la tratta degli esseri umani, oltre che a proteggere le vittime di tale fenomeno, riforma nel frattempo portata a termine con l'adozione della direttiva 2024/1712 del 13 giugno 2024. L'esigenza di procedere ad un miglioramento degli strumenti deputati al contrasto della tratta viene valutata, nel complesso, in termini positivi, soprattutto in quanto consente una maggiore attenzione per la natura e la poliedricità del fenomeno in questione. Non mancano, peraltro, anche i profili di critica che mettono in evidenza gli ulteriori miglioramenti che avrebbero potuto essere apportati rispetto alla normativa vigente.

Complessivamente, dai contributi qui raccolti emerge che il diritto dell'Unione europea è potenzialmente in grado di compiere un ruolo strategico in funzione della gestione dei flussi migratori via mare. L'auspicio è che le istituzioni dell'Unione, rinnovate a seguito delle elezioni europee del giugno 2024 e – quanto meno in questa fase – non influenzate dalle dinamiche elettorali, anziché perseguire un approccio meramente securitario volto al contenimento degli arrivi, siano in grado di mettere al centro della loro attenzione la tutela della vita e dei diritti dei migranti che arrivano via mare. Così facendo, potrebbe essere dato seguito alle raccomandazioni formulate dall'Agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione in modo da: *a)* sviluppare meccanismi di indagine rapidi, efficaci ed indipendenti in relazione agli incidenti in mare; *b)* migliorare il coordinamento delle operazioni SAR; *c)* dettare regole più chiare per gli sbarchi e meccanismi di solidarietà per la presa in carico delle persone salvate; *d)* predisporre misure per garantire una migliore protezione dei sopravvissuti ai naufragi; *e)* istituire meccanismi di monitoraggio indipendenti alle frontiere; *f)* avviare canali legali più accessibili per raggiungere l'Unione europea in modo da disincentivare le pericolose partenze via mare¹.

¹ FRA, *Preventing and Responding to Deaths at Sea: What the European Union can do*, 6 luglio 2023, <https://fra.europa.eu/en/publication/2023/fra-deaths-sea-paper>; ID., *Fundamental Rights Report 2024*, 5 giugno 2024, p. 90, <https://fra.europa.eu/en/publication/2024/fundamental-rights-report-2024>.

*Introduzione alla prima Sessione
L'immigrazione via mare tra obblighi degli Stati
e diritti delle persone*

di Fabio Spitaleri

La gestione dei flussi migratori è un'attività complessa, nella quale entra in gioco un interesse fondamentale dello Stato, come il controllo delle frontiere, il quale trova però un limite invalicabile nel rigoroso rispetto dei diritti fondamentali delle persone, in particolare del diritto alla vita, del divieto di trattamenti inumani e degradanti (con il connesso principio di *non refoulement*), del diritto di asilo e del divieto di espulsioni collettive. Sul primo interesse devono necessariamente prevalere i diritti previsti dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il grado di complessità della gestione del fenomeno aumenta enormemente nel caso di immigrazione via mare. I rischi per le persone si moltiplicano quando i migranti cercano di raggiungere l'Unione europea via mare, quasi sempre affidandosi ad organizzazioni senza scrupoli, che sfruttano la speranza di giungere in un territorio, visto come spazio sicuro, rifugio dalle persecuzioni e contesto nel quale realizzare l'aspettativa di trovare occupazione, prosperità economica, supporto ed assistenza da parte di istituzioni stabili.

Nel caso dell'immigrazione via mare, alla condizione del rispetto dei diritti fondamentali si aggiunge l'obbligo, imposto dal diritto internazionale (consuetudinario e di origine pattizia), di prestare assistenza a qualunque natante o persona in pericolo. Per adempiere a tale vincolo, gli Stati devono istituire un adeguato ed effettivo servizio di ricerca e soccorso. Inoltre, essi sono tenuti a disciplinare procedure e modalità organizzative, che vanno seguite dalle autorità competenti, dal momento della localizzazione dei naufraghi fino allo sbarco in un luogo sicuro.

Al fine di conformarsi pienamente al diritto internazionale, gli Stati devono collaborare tra loro nella definizione delle rispettive zone di ricerca e salvataggio, nella localizzazione delle persone in pericolo, nell'esecuzione delle operazioni di ricerca e soccorso, nonché nella definizione del luogo dove lo sbarco può avvenire in condizioni di sicurezza. La propensione degli Stati ad evitare gli oneri connessi all'assistenza delle persone sbarcate prevale molto spesso sul dovere di cooperazione insito nello spirito delle

norme internazionali. Nel caso di Stati appartenenti all'Unione europea questo atteggiamento viola l'obbligo di solidarietà, che contraddistingue l'intera politica dell'immigrazione e dell'asilo.

Poiché l'obbligo di salvataggio in mare riguarda anche i comandanti delle navi, i quali sono tenuti a intervenire in queste situazioni, sugli Stati grava anche il compito di coordinare gli interventi posti in essere da imbarcazioni private, siano esse di natura commerciale (e, quindi, occasionalmente impiegate in queste attività) o specificamente dedite al soccorso umanitario. Con riguardo a quest'ultime, si pone un'ulteriore difficoltà, legata alla delimitazione di competenze, tra lo Stato della bandiera e lo Stato di approdo, nello svolgimento delle attività di controllo, ispezione e fermo, volte ad assicurare il rispetto delle norme internazionali in materia di prevenzione dell'inquinamento e di controllo delle condizioni di vita e lavoro a bordo. Su tale ripartizione incide la dir. 2009/16, che la Corte di giustizia ha ritenuto applicabile anche alle navi private che svolgono attività di soccorso umanitario (v. sentenza 1° agosto 2022, C-14/21 e C-15/21, *Sea Watch*, punto 80).

In un contesto, come quello dell'Unione, che persegue l'obiettivo di istituire progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne, ivi comprese quelle marittime, le autorità degli Stati membri possono essere supportate e coordinate dall'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex), la quale è anch'essa tenuta a garantire, in tutte le sue attività, il pieno rispetto dei diritti fondamentali (v. art. 1, 80 e 108-111 del reg. (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, *relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624*). L'attività degli Stati membri si incrocia quindi con quella di Frontex. L'interazione tra i primi e la seconda, nelle delicate operazioni connesse alla sorveglianza delle frontiere marittime e al salvataggio in mare, è un ulteriore profilo che richiede un'attenta considerazione.

La somma di questi elementi rende l'immigrazione via mare un fenomeno estremamente complesso, che deve essere disciplinato e gestito nella prospettiva prioritaria della rigorosa osservanza, da parte di tutti i soggetti coinvolti, dei diritti fondamentali e dei vincoli imposti dal diritto internazionale.

GLI STRUMENTI DI CONTROLLO SUL RISPETTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELLE ATTIVITÀ OPERATIVE DI FRONTEX*

Ivan Ingravallo**

SOMMARIO: 1. L'evoluzione di Frontex. – 2. La tutela dei diritti fondamentali nel regolamento 2019/1896. – 3. Gli strumenti di controllo interni all'Agenzia. – 4. *Segue*: ed esterni ad essa. Quelli a carattere non-giudiziario. – 5. *Segue*: e a carattere giudiziario. – 6. Osservazioni conclusive e di prospettiva.

1. *L'evoluzione di Frontex*

Frontex è la denominazione comune con cui si indica l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera. Essa, in collaborazione con le guardie di frontiera e costiere nazionali degli Stati UE, costituisce la guardia di frontiera e costiera europea e ha il compito della gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione europea, ritenuta indispensabile al fine del corretto funzionamento del sistema Schengen, in particolare per l'eliminazione dei controlli alle frontiere interne. La competenza dell'Unione europea in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia non è esclusiva, ma concorrente con quella degli Stati membri (art. 4, par. 2, lett. j, TFUE). La specifica base giuridica di Frontex è data dagli attuali articoli 77, par. 2, lett. b) e lett. d)¹, e 79, par. 2, lett. c), TFUE².

Questa Agenzia rappresenta una delle “storie di successo” negli ulti-

* L'articolo, aggiornato al 29 febbraio 2024, rappresenta una versione rielaborata ed ampliata della relazione tenuta nel corso del seminario “I flussi migratori via mare e il diritto dell'Unione europea”, organizzato il 13 ottobre 2023 presso l'Università di Roma “La Sapienza”, nell'ambito del Forum “Immigrazione, Frontiere e Asilo” di AISDUE.

** Professore ordinario di Diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

¹ Secondo cui «il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure riguardanti: [...] b) i controlli ai quali sono sottoposte le persone che attraversano le frontiere esterne; [...] d) qualsiasi misura necessaria per l'istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne».

² In virtù del quale «il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure nei seguenti settori: [...] c) immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare».

mi due decenni della politica dell'immigrazione dell'Unione, forse perché è manifestazione dell'approccio securitario all'immigrazione che caratterizza questa politica comune. Il primo regolamento su Frontex, approvato nel 2004, la istituì con la denominazione di Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, affidandole mere funzioni assistenza, coordinamento, studio e monitoraggio³. Ad esso sono seguiti numerosi altri atti, avvicendatisi in maniera talora disorganica, in particolare i regolamenti 863/2007⁴, 1168/2011⁵, 2016/1624⁶ e, da ultimo, 2019/1896⁷.

Tali atti hanno profondamente modificato l'Agenzia, attribuendole rilevanti funzioni operative e aumentando notevolmente il suo personale (si prevede di raggiungere, nel 2027, un corpo permanente di 10.000 effettivi a disposizione di Frontex) e le sue risorse finanziarie e strumentali⁸.

³ Regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio, del 26 ottobre 2004.

⁴ Regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, che istituisce un meccanismo per la creazione di squadre di intervento rapido alle frontiere e modifica il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio limitatamente a tale meccanismo e disciplina i compiti e le competenze degli agenti distaccati.

⁵ Regolamento (UE) n. 1168/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, recante modifica del regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea.

⁶ Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio (lo stesso ha tacitamente abrogato il regolamento 1168/2011). Sulla rilevanza di questo regolamento v. F. ZORZI GIUSTINIANI, *Da Frontex alla Guardia di frontiera e costiera europea: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in DPCE, n. 2, 2017, pp. 523-539; J. SANTOS VARA, *La transformación de Frontex en la Agencia europea de la guardia de fronteras y costas: ¿hacia una centralización en la gestión de las fronteras?*, in RDCE, 2018, pp. 143-186; C. INGRATOCCI, *La sorveglianza delle frontiere marittime dell'Unione europea: profili giuridici e problematiche applicative*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, pp. 886-918.

⁷ Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624.

⁸ Sull'evoluzione dell'Agenzia v. D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020, p. 93 ss.; G. CAMPESI, *Policing Mobility Regimes. Frontex and the Production of the European Borderscape*, Abingdon, 2022, p. 98 ss.; I. INGRAVALLO, *L'evoluzione dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera*, in V. FAGGIANI (dir.), *Desafíos y límites de la política migratoria en Europa y América. Perspectivas de derecho comparado*, Cizur Menor, 2022, p.

2. *La tutela dei diritti fondamentali nel regolamento 2019/1896*

Il rilevante cambiamento occorso in meno di venti anni ha aumentato la possibilità che, attraverso le sue attività operative, l'Agenzia possa interagire direttamente coi migranti⁹ e, quindi, violare i loro diritti umani¹⁰. Le critiche numerose mosse nei suoi confronti riguardano in particolare il ruolo svolto in alcune vicende occorse al confine tra Grecia e Turchia, nonché nel Mediterraneo centrale (con riferimento a migranti provenienti dalla Libia). In queste situazioni, è accusata, tra l'altro, di aver collaborato con autorità statali (di Stati UE e non-UE) in respingimenti illegali e di complicità nel maltrattamento di migranti.

I diritti fondamentali sono in vario modo ricompresi nelle attività dell'Agenzia e la loro rilevanza è emersa progressivamente, dal regolamento 2007/2004 al regolamento 2019/1896: mentre quello del 2004 includeva pochi e marginali riferimenti ai diritti umani, il regolamento del 2019 è pieno di richiami al rispetto per i diritti umani nelle attività di Frontex, sotto vari

75 ss.; nonché G. CAGGIANO, *Recenti sviluppi del regime delle frontiere esterne nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in A. DI STASI, L. S. ROSSI (a cura di), *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 383 ss., spec. p. 392 ss.; C. MOSER, *A Very Short Introduction to Frontex – Unravelling the Trajectory of One of the EU's Key Actors*, in *verfassungsblog.de*, 3 February 2020.

⁹ I dati aggiornati sulle attività di Frontex sono contenuti nella 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, COM (2024) 75final, del 2 febbraio 2024.

¹⁰ A. SPAGNOLO, *La tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività di Frontex*, in *DIC*, nn. 3-4, 2014, pp. 32-63; M. FINK, *Frontex and Human Rights. Responsibility in 'Multi-Actor Situations' under the ECHR and EU Public Liability Law*, Oxford, 2018; I. ATAC, N. DIEYNABA, *L'Agence Frontex: la police européenne aux frontières au défi du respect des droits humains des migrants*, in *Revue québécoise de droit international*, 2020, pp. 369-393; E. GUILD, *The Frontex Push-Back Controversy: What Oversight for Frontex? (part II)*, in *eumigrationlawblog.eu*, 22 April 2021; B. SCHOTEL, *EU Operational Powers and Legal Protection: A Legal Theory Perspective on the Operational Powers of the European Border and Coast Guard*, in *German Law Journal*, n. 4, 2021, pp. 625-649; I. INGRAVALLO, *Il rispetto dei diritti fondamentali nell'azione dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera*, in I. CARACCILO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022, pp. 111-139; S. F. NICOLOSI, *Frontex e i rischi per la tutela dei diritti fondamentali dei migranti: "Pratiche del passato" o ombre nel futuro?*, in M. SAVINO, D. VITIELLO (a cura di), *Asilo e immigrazione tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio*, Napoli, 2023, p. 46 ss.; D. VITIELLO, *Poteri operativi, accountability e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione europea. Una prospettiva sistemica*, in *Quaderni AISDUE*, n. 10, 8 febbraio 2023, p. 233 ss.

profili¹¹. Con specifico riguardo all'impegno dell'Agenzia, in modo nitido il 24° «considerando» dello stesso regolamento rileva come i maggiori poteri che le sono affidati vanno «controbilanciati dal rafforzamento delle garanzie a tutela dei diritti fondamentali»; a tale riguardo essa ha obblighi sia negativi (non violare i diritti fondamentali), sia positivi (monitorare che altri soggetti non violino i diritti fondamentali). Il successivo art. 5, par. 4, afferma che l'Agenzia «contribuisce a un'applicazione continua e uniforme del diritto dell'Unione, compreso l'acquis dell'Unione in materia di diritti fondamentali, [...] alle frontiere esterne».

L'art. 1 del regolamento 2019/1896 incarica la guardia di costiera e frontiera europea, inclusa quindi l'Agenzia, di gestire le frontiere esterne e assicurare un elevato livello di sicurezza interna nell'Unione «nel pieno rispetto dei diritti fondamentali»¹². Il successivo art. 80, par. 1, impegna la guardia di costiera e frontiera europea a garantire «la tutela dei diritti fondamentali nell'esecuzione dei suoi compiti a norma del presente regolamento, ai sensi del pertinente diritto dell'Unione, in particolare la Carta e il diritto internazionale pertinente, compresi la convenzione del 1951 relativa allo status di rifugiati e il suo protocollo del 1967, la convenzione sui diritti del fanciullo e gli obblighi inerenti all'accesso alla protezione internazionale, in particolare il principio di non respingimento».

In base al regolamento 2019/1896 Frontex monitora il rispetto dei diritti fondamentali nell'ambito delle attività alle frontiere esterne e delle operazioni di rimpatrio¹³; è chiamata a cooperare a tale riguardo con l'Agenzia per i diritti fondamentali dell'UE; li include nell'attività formativa rivolta alle guardie di frontiera nazionali di Stati membri e di Paesi terzi; ne garantisce il rispetto, la protezione e la promozione quando è chiamata a gestire in prima

¹¹ Secondo C. HRUSCHKA, *Frontex and the Duty to Respect and Protect Human Rights*, in *verfassungsblog.de*, 27 February 2020: «This development shows increased attention for the protection of fundamental rights but also hints to the fact that this protection remains an unsolved issue within the work of Frontex».

¹² Il suo art. 3, par. 2, stabilisce: «I diritti fondamentali [...] sono elementi generali dell'attuazione della gestione europea integrata delle frontiere».

¹³ Art. 31, par. 1: l'Agenzia «svolge un monitoraggio regolare della gestione delle frontiere esterne e dei rimpatri da parte di tutti gli Stati membri tramite i suoi funzionari di collegamento». Il successivo art. 50, par. 3, stabilisce che gli Stati UE partecipanti e l'Agenzia «provvedono affinché il rispetto dei diritti fondamentali, il principio di non respingimento, l'uso proporzionato dei mezzi coercitivi e la dignità del rimpatriando siano garantiti durante l'intera operazione di rimpatrio»; il par. 6 dispone: «Qualora nutra preoccupazioni circa il rispetto dei diritti fondamentali in qualsiasi fase di un'operazione di rimpatrio, l'Agenzia le comunica agli Stati membri partecipanti e alla Commissione».

persona le frontiere esterne. A riguardo, l'art. 38, par. 3, lett. l), che si applica a tutte le operazioni dell'Agenzia, inserisce tra gli elementi indispensabili dei piani operativi per le operazioni congiunte alle frontiere esterne anche «istruzioni generali su come garantire la salvaguardia dei diritti fondamentali durante l'attività operativa dell'Agenzia».

La formazione del personale statutario dell'Agenzia impiegato nelle squadre – quelle per la gestione delle frontiere, per il rimpatrio e di sostegno per la gestione della migrazione – comprende la materia dei diritti fondamentali (art. 55, par. 3)¹⁴. L'Agenzia assicura che membri delle squadre «assolvano alle loro funzioni [...] secondo gli standard più elevati e nel pieno rispetto dei diritti fondamentali» (art. 55, par. 4)¹⁵. Il personale delle squadre, nello svolgimento dei suoi compiti, è tenuto a rispettare pienamente i diritti fondamentali e la dignità umana, specie delle persone vulnerabili, conformemente ai principi di proporzionalità e di non discriminazione, intesi in senso assai ampio¹⁶.

Degne di menzione risultano anche le disposizioni del regolamento 2019/1896 che impegnano l'Agenzia e gli Stati membri a osservare il diritto UE anche quando la cooperazione con un Paese terzo avviene nel suo territorio (art. 71, par. 3; art. 73, par. 1), configurandosi così una applicazione extra-territoriale del diritto UE, tanto più opportuna nei casi in cui l'Unione tende a esternalizzare i controlli alle frontiere, ovviamente a patto che esso sia effettivamente rispettato¹⁷. L'Agenzia fornisce ai Paesi terzi assistenza tecnica e operativa «anche per quanto riguarda la protezione dei diritti fondamentali», il che trova conferma nelle disposizioni relative agli accordi di

¹⁴ Il successivo art. 62, par. 2, ribadisce che l'Agenzia garantisce che, «prima del suo impiego iniziale nelle attività operative organizzate dall'Agenzia, tutti i membri del personale statutario che saranno impiegati quali membri delle squadre abbiano ricevuto un'adeguata formazione sul pertinente diritto dell'Unione e internazionale, compresi i diritti fondamentali, l'accesso alla protezione internazionale [...]». V. anche il par. 5, che prevede un obbligo simile per il personale impiegato nelle operazioni di rimpatrio, nonché il par. 6, che affida all'Agenzia il compito di creare e sviluppare un programma comune di base per la formazione del personale in materia di diritti fondamentali.

¹⁵ Cfr. il suo art. 82, par. 3: «Nello svolgimento dei loro compiti e nell'esercizio delle loro competenze, i membri delle squadre assicurano pienamente il rispetto dei diritti fondamentali e osservano il diritto dell'Unione e quello internazionale, e la legislazione nazionale dello Stato membro ospitante».

¹⁶ Art. 31, par. 4, regolamento (UE) 2019/1896, cit.

¹⁷ L. MARIN, *The Cooperation between Frontex and Third Countries in Information Sharing: Practices, Law and Challenges in Externalizing Border Control Functions*, in *EPL*, n. 1, 2020, pp. 157-180.

cooperazione tra Stati membri e Paesi terzi e a quelli conclusi in prima persona dall'Unione con uno Stato terzo, relativi allo *status* dell'Agenzia e del suo personale¹⁸. A tale ultimo riguardo, il regolamento 2019/1896 impegna l'Agenzia a ragguagliare il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione sulle attività svolte, fornendo loro informazioni dettagliate sul rispetto dei diritti fondamentali.

3. *Gli strumenti di controllo interni all'Agenzia*

Per quanto riguarda gli strumenti di controllo sul rispetto dei diritti fondamentali nelle attività operative di Frontex, rilevano anzitutto quelli interni all'Agenzia, a partire dalla strategia e dal piano d'azione in materia di diritti fondamentali, che prevede anche un meccanismo per monitorarne il rispetto. Esso fu previsto per la prima volta in occasione dell'adozione del regolamento 1168/2011, ma è stato reso effettivamente operativo solo con i successivi regolamenti 2016/1624 e 2019/1986. L'art. 80 di quest'ultimo dispone che la strategia e il piano siano elaborati, attuati e sviluppati ulteriormente dall'Agenzia, con il contributo e l'approvazione del Responsabile dei diritti fondamentali, previsto per la prima volta con il regolamento 1168/2011¹⁹.

La strategia in materia di diritti fondamentali, adottata dal Consiglio di amministrazione dell'Agenzia il 14 febbraio 2021²⁰, afferma, tra l'altro, che

¹⁸ Cfr. rispettivamente gli articoli 71, par. 2, 72, par. 3, e 73, par. 3, regolamento (UE) 2019/1896, cit.

¹⁹ Art. 109, regolamento 2019/1896. Si tratta di un organo a carattere individuale, dotato di indipendenza, che si occupa, tra l'altro, di: promozione del rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'Agenzia e monitoraggio in caso di loro violazione; presentazione di consulenze e pareri sui piani operativi e sugli accordi; svolgimento di visite *in loco* nel corso delle attività operative; selezione e gestione degli osservatori dei diritti fondamentali. Questi ultimi valutano costantemente la conformità delle attività operative ai suddetti diritti fondamentali, forniscono consulenza e assistenza a tale riguardo e contribuiscono alla loro promozione nell'ambito della gestione europea integrata delle frontiere. Il Responsabile dei diritti fondamentali e il personale del suo ufficio devono essere messi in condizione di svolgere i loro compiti in maniera autonoma e indipendente. In senso critico v. G. RAIMONDO, *The European Integrated Border Management. Frontex, Human Rights, and International Responsibility*, Oxford, 2024, p. 43: «The FRO and the FRMs should be independent in the performance of their duties. Yet, they remain Frontex employees and, as such, cannot act with the required impartiality and independence».

²⁰ Cfr. la decisione del Consiglio di amministrazione n. 12/2021, del 14 febbraio 2021, *adopting the Fundamental Rights Strategy*. Essa indica che il piano d'azione, che la integra ed è redatto dall'Agenzia, si occupa degli aspetti operativi dell'attuazione della gestione europea

essi sono uno degli elementi generali dell'attuazione della gestione europea integrata delle frontiere e che, prima di impegnarsi in qualsivoglia cooperazione formale con uno Stato terzo *ex art. 73* del regolamento 2019/1896, l'Agenzia è tenuta a eseguire una valutazione di diligenza dei rischi per i diritti fondamentali e dell'impatto di tale cooperazione.

Il meccanismo di denuncia, indipendente ed efficace, volto a monitorare e assicurare il rispetto dei diritti fondamentali in tutte le attività dell'Agenzia è disciplinato dall'art. 111 del regolamento 2019/1896, che legittima chiunque ritenga di aver subito una violazione dei suoi diritti fondamentali a presentare una denuncia per iscritto all'Agenzia, o a farla presentare da un proprio rappresentante. La gestione delle denunce, per le quali il Responsabile dei diritti fondamentali ha predisposto (e reso disponibile sul sito *web* di Frontex) uno specifico modulo, è affidata allo stesso Responsabile, che ne esamina la ricevibilità e, una volta registrate le denunce ricevibili, inoltra al Direttore esecutivo di Frontex quelle riguardanti il personale dell'Agenzia, raccomandandogli il seguito appropriato, mentre informa gli Stati membri di appartenenza in merito a quelle relative ai componenti nazionali delle squadre. Gli Stati membri sono tenuti ad assicurare a queste denunce un'adeguata trattazione. Il Responsabile monitora il comportamento dell'Agenzia e degli Stati membri interessati nel dare seguito alla denuncia registrata e nella sua relazione annuale dà conto del funzionamento del meccanismo di denuncia, anche attraverso «riferimenti specifici ai risultati e al seguito dato alle denunce da parte dell'Agenzia e degli Stati membri»²¹.

Questo meccanismo di denuncia è interno all'Agenzia e ha natura amministrativa e non giudiziaria²². Esso non è, quindi, qualificabile come un

integrata delle frontiere di cui alla strategia, stabilisce i risultati, le attività e gli indicatori specifici concernenti i diritti fondamentali, nonché la relativa tempistica ed è correlato alla programmazione pluriennale dell'Agenzia. Il piano d'azione è stato approvato dal Consiglio di amministrazione di Frontex con la decisione n. 61/2021, del 9 novembre 2021, *adopting the Fundamental Rights Action Plan for the implementation of the Fundamental Rights Strategy*.

²¹ Nella più recente relazione annuale (*Annual Report, 2022*, del 6 luglio 2023, p. 31 ss.), il Responsabile dei diritti fondamentali comunica che nel 2022 sono state presentate 69 denunce, 9 delle quali sono state ritenute ricevibili e, quindi, registrate.

²² In senso critico v. S. MARINAI, *Il controllo delle frontiere e la lotta all'immigrazione irregolare*, in A. M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI, *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, p. 216; M. STEFAN, L. DEN HERTOOG, *Frontex: Great Powers but No Appeals*, in M. CHAMON, A. VOLPATO, M. ELIANTONIO (eds.), *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?*, Oxford, 2022, p. 151 ss.

mezzo di ricorso effettivo dinanzi a un giudice indipendente e imparziale *ex art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*²³.

Il meccanismo per monitorare il rispetto dei diritti fondamentali nelle attività dell'Agenzia fu previsto per la prima volta in occasione dell'adozione del regolamento di riforma 1168/2011, ma è stato reso effettivamente operativo solo con i successivi regolamenti 2016/1624 e 2019/1986, anche al fine di venire incontro alle osservazioni critiche del Mediatore europeo, che nella sua decisione del 12 novembre 2013 aveva messo in evidenza la mancanza di un meccanismo di valutazione dei reclami individuali e le risorse limitate messe a disposizione del Responsabile dei diritti fondamentali²⁴. Il meccanismo e il ruolo in esso svolto dal Responsabile dei diritti fondamentali sono stati oggetto di una ulteriore indagine avviata di propria iniziativa dal Mediatore europeo il 10 novembre 2020²⁵. Questo, nella decisione approvata il 15 giugno 2021, pur non riscontrando un caso di cattiva amministrazione e non ritenendo giustificata alcuna ulteriore indagine, alla luce della circostanza che alcune modifiche sono già in fase di realizzazione, ha nondimeno segnalato il permanere di criticità del meccanismo, come l'esiguo numero di denunce presentate (nessuna delle quali nei confronti dell'Agenzia) e la difficoltà per gli individui coinvolti di identificare i presunti responsabili e capire, quindi, a chi denunciare presunte violazioni. Il Mediatore ha inoltre accertato alcune carenze nel meccanismo di denuncia e segnalato scarsa trasparenza e ritardi nel suo funzionamento, formulando alcune raccomandazioni nei confronti dell'Agenzia, al fine di migliorare tanto l'accessibilità del meccanismo, quanto il trattamento e il seguito dato alle denunce. Al fine di dar seguito alle raccomandazioni del Mediatore europeo, il 16 marzo 2022 il Consiglio di amministrazione dell'Agenzia ha approvato la decisione relativa al funzionamento del meccanismo di denuncia, che sostituisce la precedente decisione del 2016 del Direttore esecutivo²⁶.

²³ In tema v., *ex multis*, S. CARRERA, M. STEFAN, *Complaint Mechanisms in Border Management and Expulsion Operations in Europa. Effective Remedies for Victims of Human Rights Violations?*, in CEPS, 2018, reperibile online.

²⁴ Cfr. la decisione del 6 marzo, caso 2012OI/5/2012/BEH-MHZ, *concerning the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex)*. La rilevanza delle indagini del Mediatore per identificare alcuni problemi nell'azione di Frontex prima della riforma del 2019 è messa in luce da D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, cit., p. 189 ss.

²⁵ Cfr. la decisione del 15 giugno 2021, caso OI/5/2020/MHZ, *on the functioning of the European Border and Coast Guard Agency's (Frontex) complaints mechanism for alleged breaches of fundamental rights and the role of the Fundamental Rights Officer*.

²⁶ Cfr. la decisione del Consiglio di amministrazione n. 19/2022, del 16 marzo 2022, *adopting the Agency's rules on the complaints mechanism*.

Il profilo operativo dell'Agazia attiva un altro meccanismo interno di controllo. I piani per le operazioni congiunte alle frontiere esterne, previsti dal regolamento 2019/1896, devono infatti includere «procedure per la creazione di un meccanismo inteso a ricevere e trasmettere all'Agazia denunce contro chiunque partecipi a un'attività operativa dell'Agazia [...] relative a presunte violazioni dei diritti fondamentali nel contesto della loro partecipazione a un'attività operativa dell'Agazia» (art. 38, par. 3, lett. n). Rileva altresì il *serious incident reporting* – disciplinato da una decisione del Direttore esecutivo dell'Agazia²⁷ –, ossia un meccanismo relativo a eventi occorsi durante operazioni congiunte, finalizzato a informare le autorità nazionali e il Consiglio di amministrazione di Frontex in merito a possibili rischi per la sicurezza del personale impiegato, così come per le funzioni o la reputazione dell'Agazia, incluse possibili violazioni dei diritti fondamentali.

Si segnala che il 26 dicembre 2020 il Consiglio di amministrazione ha istituito un gruppo di lavoro per i diritti fondamentali e gli aspetti giuridici e operativi delle operazioni²⁸, in particolare per indagare sulle accuse di respingimenti nel Mediterraneo orientale nel 2020, integrare gli altri elementi del sistema di monitoraggio indipendente sul rispetto dei diritti fondamentali nel corso delle attività operative dell'Agazia e valutare il meccanismo di *serious incident reporting*, anche al fine della sua modifica²⁹.

Un ulteriore meccanismo interno all'Agazia consiste nella facoltà del Direttore esecutivo di revocare il finanziamento di qualsiasi attività dell'Agazia, così come di sospendere o terminare tale attività «se ritiene che vi siano violazioni dei diritti fondamentali o degli obblighi in materia di protezione internazionale di natura grave o destinate a persistere correlate all'attività in questione»³⁰. Qualora sussistano “gravi motivi”, il Direttore esecutivo

²⁷ Decisione n. 2014/55 del Direttore esecutivo, *on the adoption of the Frontex Standard Operating Procedure on Serious Incident Reporting*, 28 July 2014. Rileva altresì la decisione n. 2012/87 del Direttore esecutivo, *on the adoption of the Frontex Standard Operating Procedure to ensure respect of Fundamental Rights in Frontex joint operations and pilot projects*, 19 July 2012.

²⁸ Cfr. decisione del Consiglio di amministrazione n. 39/2020, del 26 novembre 2020, *on the establishment of the Management Board Working Group on Fundamental Rights and Legal and Operational Aspects of Operations*.

²⁹ Sia il rapporto del gruppo di lavoro (del 1° marzo 2021), sia le conclusioni con cui il Consiglio di amministrazione accoglie i risultati delle indagini del gruppo di lavoro (del 5 marzo 2021) sono reperibili *online*.

³⁰ Il caso più significativo ha riguardato la collaborazione alle attività di rimpatrio dall'Ungheria, nel 2021, a causa della mancata esecuzione della sentenza della Corte giust. 17 dicembre 2020, C-808/18, *Commissione/Ungheria*, che ha ritenuto le decisioni di rimpatrio

può decidere di non avviare alcuna attività dell'Agenzia l'art. 46, paragrafi 4-5)³¹.

4. Segue: *ed esterni ad essa. Quelli a carattere non-giudiziario*

L'Agenzia è sottoposta a numerosi altri meccanismi di controllo sulla tutela dei diritti fondamentali, ad essa esterni, previsti dal regolamento 2019/1896 o da ulteriori norme di diritto dell'Unione. Gli stessi si possono classificare in base al loro carattere giudiziario o extra-giudiziario, a loro volta caratterizzati da un diverso grado di incidenza in termini di vincolatività per l'Agenzia. La prassi ha mostrato come i meccanismi giudiziari risultino alquanto difficili da utilizzare³², mentre più efficaci sono (e sono stati in passato) quelli di controllo politico-amministrativo, che rientrano nella più ampia nozione di *accountability* e che si affiancano a quelli interni all'Agenzia, poc'anzi esaminati³³.

Il primo strumento di controllo non giudiziario consiste nel Mediatore europeo, che con le sue inchieste ha affrontato numerosi casi di cattiva amministrazione di Frontex, favorendo, come già accennato, il cambiamento di regole e prassi poco trasparenti dell'Agenzia e denunciando le carenze e l'inefficacia dei meccanismi interni all'Agenzia per il controllo sul rispetto dei diritti fondamentali. Oltre a quelle già ricordate si possono ricordare le indagini avviate d'ufficio nel 2021 sulle modalità con cui l'Agenzia europea ottempera ai propri obblighi in materia di diritti fondamentali e garantisce l'obbligo di rendere conto per quanto riguarda le sue maggiori responsabilità³⁴ e quella volta a chiarire il ruolo di Frontex nelle operazioni di ricerca e

delle autorità ungheresi in contrasto con il diritto UE. In tema v. F. L. GATTA, *Between Rule of Law and Reputation: Frontex's withdrawal from Hungary*, in *verfassungsblog.de*, 8 February 2021. Due altri casi rilevanti ai sensi dell'art. 46 del regolamento del 2019 coinvolgono la Lituania e la Grecia.

³¹ Sull'inefficacia di tale meccanismo, v. M. LUNARDINI, F. NASI, *Frontex: sicurezza e respingimenti di migranti ai confini dell'Unione Europea*, in *Osservatorio diritti umani*, n. 1, aprile 2021, p. 11 ss.

³² V. oltre, par. 5.

³³ Su cui v. I. INGRAVALLO, *Responsabilità e accountability della nuova Frontex nello svolgimento di attività operative*, in M. SAVINO, D. VITIELLO (a cura di), *op. cit.*, p. 59 ss.; D. VITIELLO, *Poteri operativi, accountability e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione europea.*, cit., p. 238 ss.

³⁴ Decisione del 17 gennaio 2022, caso OI/4/2021/MHZ, *on how the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) complies with its fundamental rights obligations and en-*

soccorso nel Mar Mediterraneo a seguito dell'annegamento di centinaia di persone al largo della costa della Grecia il 14 giugno 2023³⁵.

Il Mediatore è stato chiamato a valutare anche altre questioni come le garanzie procedurali a tutela dei diritti fondamentali nelle attività operative congiunte di rimpatrio dei migranti³⁶ e l'accesso ai documenti dell'Agenzia³⁷, in cui alle esigenze di trasparenza si contrappongono quelle di sicurezza (si pensi alle informazioni relative all'identificazione e alla localizzazione delle imbarcazioni statali utilizzate nelle operazioni di rimpatrio e di pattugliamento marittimo)³⁸.

Il ruolo del Mediatore è attualmente riconosciuto dall'art. 119 del regolamento 2019/1986, in base al quale tutte le attività dell'Agenzia sono soggette alle sue indagini. È importante che esso possa agire di propria iniziativa, in ragione del limite *ratione personae* alla sua attività nel settore di cui si occupa l'Agenzia. L'art. 228 TFUE, infatti, stabilisce che il Mediatore «è abilitato a ricevere le denunce di qualsiasi cittadino dell'Unione o di qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro» e preclude quindi tale possibilità a coloro che si trovano alle frontiere esterne dell'Unione o che sono soggetti alle operazioni di rimpatrio che coinvolgono l'Agenzia.

Un controllo non giudiziario sulle attività operative di Frontex è stato esercitato anche dal Parlamento europeo, che ha utilizzato diversi strumenti, come il controllo finanziario e quello politico.

Per quanto riguarda il primo, negli ultimi anni il Parlamento è intervenuto nei confronti di Frontex attraverso la procedura di scarico, che

suores accountability in relation to its enhanced responsibilities.

³⁵ Decisione del 26 febbraio 2024, caso OI/3/2023/MHZ, *on how the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) complies with its fundamental rights obligations with regard to search and rescue in the context of its maritime surveillance activities, in particular the Adriana shipwreck.*

³⁶ Decisione del 4 maggio 2015, caso OI/9/2014/MHZ, *concerning the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex).*

³⁷ Cfr., *ex multis*, la decisione del 20 marzo 2021, caso 233/2021/OAM, *how the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) dealt with a request for public access to documents concerning tracking data of vessels used in Frontex maritime operations.*

³⁸ Su una vicenda simile cfr. la sentenza del Tribunale 27 novembre 2019, T-31/18 DEP, *Izuzquiza e Semsrott/Frontex*, che ha giustificato il diniego di accesso a documenti dell'Agenzia dovuto all'esigenza di evitare rischi per la sicurezza pubblica. V. il commento critico di 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, pp. 332-358.

attesta la corretta gestione finanziaria delle somme assegnate a una istituzione o a un organo o organismo UE. Osservazioni critiche sono contenute nella risoluzione approvata nel 2021, che accompagna la decisione di scarico per l'Agenzia riferita al bilancio 2019³⁹, e ancor più in quella del 2022, con cui il Parlamento ha rifiutato il discarico alla Direttrice esecutiva di Frontex per l'esecuzione del bilancio dell'Agenzia per l'esercizio 2020⁴⁰; invece, nella decisione (UE) 2023/1940 del 10 maggio 2023, con cui il Parlamento ha concesso il discarico per l'esecuzione del bilancio dell'Agenzia per l'esercizio 2021, e nella connessa risoluzione 2023/1941, approvata in pari data, recante le osservazioni che costituiscono parte integrante della decisione di scarico, l'organo assembleare motiva la decisione di concedere il discarico con il miglioramento della gestione dell'Agenzia rispetto all'anno precedente, anche sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali e insiste, tra l'altro, «sulla necessità che il coinvolgimento diretto e indiretto dell'Agenzia nelle attività di gestione e sorveglianza delle frontiere vada di pari passo con la prevenzione e il contrasto delle violazioni dei diritti fondamentali e con la garanzia del rispetto del principio di non respingimento, in conformità con l'acquis dell'Unione» (par. 62 della risoluzione).

L'altro strumento di controllo del Parlamento europeo nei confronti delle attività operative condotte da Frontex è quello di tipo politico⁴¹. Degno di menzione è il rapporto del luglio 2021 dal gruppo di lavoro per il controllo di Frontex (*Frontex Scrutiny Working Group*) della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE), istituito nel febbraio 2021. Esso ha concluso che, pur non essendoci prove di un'azione diretta dell'Agenzia nei respingimenti o nelle espulsioni collettive, la stessa è stata nondimeno consapevole delle violazioni di diritti fondamentali dei migranti in alcuni Stati membri e ha mancato di prevenirle e di impedire che si ripropongano in futuro⁴². Sulla base dell'indagine condotta dal gruppo di

³⁹ Cfr. la decisione (UE) 2022/296 del Parlamento europeo, del 21 ottobre 2021, sul discarico per l'esecuzione del bilancio dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera per l'esercizio 2019, e la connessa risoluzione 2022/298, approvata in pari data.

⁴⁰ Cfr. la decisione (UE) 2023/325 del Parlamento europeo, del 18 ottobre 2022, sul discarico per l'esecuzione del bilancio dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera per l'esercizio 2020, cui è connessa la risoluzione 2023/326, approvata in pari data e recante le osservazioni del Parlamento.

⁴¹ In senso più dettagliato v. M. DEL MONTE, K. LUYTEN, *European Parliament scrutiny of Frontex*, in *Policy Commons*, November 2023.

⁴² Cfr. LIBE, Working document, 14 July 2021, *Report on the fact-finding investigation on Frontex concerning alleged fundamental rights violations* (rapporteur Tineke Stirk), sul quale v. M. GKLIATI, *The First Steps of Frontex Accountability: Implications for Its Legal Re-*

lavoro, il 14 dicembre 2023 il Parlamento in seduta plenaria ha approvato una risoluzione su Frontex⁴³, in cui ha preso nota positivamente dell'impegno dell'Agenzia nell'adempire a 36 delle 42 raccomandazioni contenute nel rapporto del luglio 2021 (par. 7 della risoluzione) e, considerati i recenti significativi cambiamenti a livello gestionale di Frontex, ha affermato (par. 3 della risoluzione) che «si attende che il cambiamento a livello gestionale porti al necessario cambiamento culturale per quanto riguarda il rispetto dei principi e dei valori dell'Unione, in particolare i diritti fondamentali».

Il controllo non giudiziario su Frontex è stato svolto anche dalla Corte dei conti, che in una relazione speciale approvata nel 2021 *ex art.* 287, par. 4, co. 2, TFUE⁴⁴, ha criticato la circostanza che, a pochi anni di distanza dall'adozione del regolamento 2016/1624, la Commissione ne abbia proposto la riforma, realizzatasi con il regolamento 2019/1896, senza condurre una valutazione di impatto della nuova legislazione. La Corte dei conti ha altresì riscontrato diverse carenze nelle principali attività dell'Agenzia, come il monitoraggio della situazione, l'analisi dei rischi, la valutazione delle vulnerabilità, le operazioni congiunte e gli interventi rapidi alle frontiere, le operazioni di rimpatrio e le attività di formazione, oltre al mancato svolgimento di valutazioni delle esigenze e di valutazioni di impatto prima di procedere all'aumento esponenziale delle sue risorse finanziarie.

Un ulteriore tipo di controllo non giudiziario sull'Agenzia è stato svolto dall'OLAF, Ufficio europeo antifrode, che nel 2022 ha approvato una relazione critica sul modo con cui Frontex ha esercitato le sue competenze nelle operazioni di respingimento⁴⁵. A distanza di nove mesi dalla chiusura della prima indagine sulle pratiche di gestione dell'Agenzia, l'OLAF ne ha avviata una seconda, confermando la necessità di un cambiamento culturale in seno a Frontex.

5. Segue: e a carattere giudiziario

La creazione di un consistente corpo statutario, permanentemente a disposizione dell'Agenzia per lo svolgimento diretto di azioni operative, è su-

sponsibility for Fundamental Rights Violations, in *eumigrationlawblog.eu*, 13 August 2021.

⁴³ Cfr. doc. P9_TA(2023)0483.

⁴⁴ Cfr. Corte dei conti UE, Relazione speciale n. 8/2021, 29 aprile 2021, *Il sostegno di Frontex alle frontiere esterne non è stato, finora, abbastanza efficace*.

⁴⁵ V. il rapporto Olaf.03(2021)21088, reso noto da FragDenStaat (un soggetto non-governativo) e reperibile *online*.

scettibile di far aumentare anche il numero dei casi sottoponibili alla cognizione della Corte di giustizia UE. Essa, infatti, ai sensi dell'art. 276 TFUE, non è «competente a esaminare la validità o la proporzionalità di operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro», ma, nel momento in cui le operazioni coinvolgono personale dell'Agenzia, diviene particolarmente opportuna la possibilità di azionare meccanismi giudiziari di controllo su di esse.

L'art. 98 del regolamento 2019/1896 attribuisce agli organi giudiziari dell'Unione alcune competenze nei confronti dell'Agenzia: ricorso di annullamento *ex art. 263 TFUE* avverso i suoi atti produttivi di effetti giuridici nei confronti dei terzi; ricorso in carenza *ex art. 265 TFUE*; responsabilità extracontrattuale per i danni da essa causati⁴⁶. Peraltro, non tutti questi rimedi appaiono efficaci e il controllo finora esercitato, in particolare quello del Tribunale UE, è risultato poco incisivo. Esso è stato chiamato a pronunciarsi in alcune occasioni per la violazione dei diritti fondamentali lamentata dai migranti nei confronti di Frontex, ma non ha finora adottato pronunce significative nei confronti dell'Agenzia.

Per quanto riguarda il ricorso di annullamento previsto dall'art. 263 TFUE, il limite alla sua utilizzabilità risiede nella difficoltà di configurare atti dell'Agenzia produttivi di effetti giuridici nei confronti di terzi, che ne siano destinatari o che comunque li riguardino «direttamente e individualmente». Sembra, infatti, arduo qualificare tali gli atti dell'Agenzia aventi un carattere generale, così come le decisioni del suo Consiglio di amministrazione e del Direttore esecutivo. D'altra parte, quelli compiuti dal personale dell'Agenzia durante le operazioni sono comportamenti che certamente riguardano i singoli, ma non sono configurabili come atti giuridici e non rilevano ai fini del conferimento di competenza alla Corte di giustizia UE *ex art. 263 TFUE*.

Un ricorso più agevole da utilizzare sembra essere quello in carenza di cui all'art. 265 TFUE, come fatto dinanzi al Tribunale UE nella causa *SS e ST c. Frontex*⁴⁷. Nel caso di specie, i ricorrenti, richiedenti asilo, hanno chiesto di dichiarare che l'Agenzia, invitata ad agire, ha omesso di farlo – vuoi revocando il finanziamento, sospendendo o cessando, interamente o parzialmente, le sue attività nella regione del Mar Egeo (art. 46, par. 4, regolamento 2019/1896) – e non ha fornito giustificati motivi per non aver adottato la pertinente misura ai sensi dell'art. 46, par. 6, o altrimenti definendo la sua

⁴⁶ L'art. 98 del regolamento 2019/1896, cit., prevede anche una possibile responsabilità contrattuale (previa clausola compromissoria), questione non rilevante ai fini del presente contributo.

⁴⁷ Tribunale ord. 7 aprile 2022, T-282/21.

posizione riguardo alla richiesta dei ricorrenti. L'Agenzia è accusata di aver violato i suoi obblighi positivi, posti dal regolamento istitutivo e, più in generale, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I ricorrenti hanno denunciato che le attività da essa svolte nel Mar Egeo hanno prodotto serie e persistenti violazioni dei loro diritti fondamentali e degli obblighi di protezione internazionale, previsti dal diritto UE e dal diritto internazionale, attraverso pratiche sistematiche e generalizzate di prelevamento dal territorio UE e di respingimento forzato in mare, di intercettazione in mare, di abbandono su imbarcazioni indegne, di *refoulement* illegittimo, di espulsioni collettive e di ostacolo all'accesso al diritto di asilo. Essi hanno affermato, infine, che la continua omissione da parte dell'Agenzia delle misure appropriate per prevenire queste violazioni – inclusa la sospensione o la cessazione delle sue attività come impone l'art. 46 del regolamento del 2019 – aumenta in modo significativo il rischio di essere nuovamente soggetti alle medesime violazioni.

Il 7 aprile 2022 il Tribunale ha, con ordinanza, dichiarato irricevibile il ricorso, poiché ha ritenuto – in conformità con la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia – che la risposta negativa dell'Agenzia alle richieste dei ricorrenti non potesse essere configurata come una carenza *ex art. 265 TFUE*, la quale si realizza solo quando l'istituzione, organo o organismo richiesto di agire rimanga inoperoso e non adotti alcuna posizione⁴⁸. Qualora invece, come nel caso di specie, la posizione sia negativa, chi la ritenga illegittima potrà utilizzare il ricorso di annullamento di cui al già richiamato art. 263 TFUE.

Con una diversa ordinanza, resa il 28 novembre 2023 nella causa T-600/22, *ST c. Frontex*, il Tribunale ha dichiarato irricevibile un altro ricorso presentato *ex art. 265 TFUE*, con il quale si chiedeva di dichiarare che l'Agenzia avesse omesso illegittimamente di adottare, in applicazione dell'art. 46, par. 4, del regolamento 2019/1896 una decisione per la sospensione o la cessazione delle sue attività nella regione del mar Egeo e, in via subordinata, sulla base dell'art. 263 TFUE, l'annullamento della decisione

⁴⁸ V. il punto 31 dell'ordinanza del 7 aprile 2022 (non disponibile in Italiano), ove il Tribunale rileva: «It must be stated that, in its reply of 23 March 2021 to the letter of 15 February 2021, Frontex defined its position, within the meaning of Article 265 TFEU, on the invitation to act from Front-Lex and Legal Centre Lesvos. As is apparent from paragraphs 26 to 30 above, in that letter, Frontex explained in clear terms why it did not intend to suspend or to terminate its activities in the Aegean Sea region in accordance with Article 46(4) of Regulation 2019/1896. The applicants cannot therefore validly maintain that Frontex did not adopt a position on the invitation to act» (corsivo aggiunto).

del 27 luglio 2022 con la quale Frontex ha rifiutato di dare seguito all'invito ad agire in applicazione dello stesso art. 46, par. 4.

Un altro meccanismo giudiziario di controllo utilizzabile nei confronti dell'Agenzia è il ricorso per il risarcimento dei danni «cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni» dovuti a responsabilità extracontrattuale *ex art.* 340, par. 2, TFUE⁴⁹. Anche a tale riguardo sono stati proposti dei ricorsi nei confronti di Frontex, ma il Tribunale non li ha accolti. Nella causa T-600/21, *WS e a. c. Frontex*, i ricorrenti hanno chiesto di dichiarare l'Agenzia responsabile dei danni loro arrecati durante un'operazione di rimpatrio⁵⁰. A sostegno del ricorso hanno avanzato diversi motivi a carico dell'Agenzia, tra cui la mancata valutazione del rischio e dell'adozione di misure ragionevolmente esigibili al fine di ridurre i gravi rischi per i diritti fondamentali, la mancanza di un piano operativo sufficientemente dettagliato, lo svolgimento dell'operazione congiunta di rimpatrio senza che le violazioni dei diritti fondamentali potessero essere rilevate o segnalate e senza un efficace monitoraggio, nonché di una valutazione dell'operazione medesima. I ricorrenti hanno criticato altresì la circostanza che Frontex non abbia tenuto debitamente conto del loro reclamo, presentato in base al (già esaminato) meccanismo di denuncia individuale.

Il 6 settembre 2023 il Tribunale ha respinto il ricorso, poiché, sulla base di una consolidata giurisprudenza, ai fini di applicare la disciplina sul risarcimento del danno occorre verificare l'esistenza di tre criteri cumulativi: una condotta illecita imputabile all'istituzione, organo o organismo UE; un danno effettivo conseguente alla violazione in capo al ricorrente; un nesso di causalità tra condotta illecita e danno sofferto⁵¹, la cui dimostrazione deve essere fornita dal ricorrente⁵². La mancanza della dimostrazione del nesso di causalità porta il Tribunale a respingere il ricorso, affermando, tra l'altro, che Frontex ha solo un ruolo di supporto tecnico operativo, mentre la responsabilità della scelta di rimpatrio è dello Stato greco e non dell'Agenzia⁵³.

⁴⁹ D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, cit., p. 286 ss.; M. FINK, *The Action for Damages as a Fundamental Rights Remedy: Holding Frontex Liable*, in *German Law Journal*, n. 3, 2020, pp. 532-548.

⁵⁰ I ricorrenti hanno denunciato una serie di violazioni di disposizioni da parte dell'Agenzia, tra cui quelle del regolamento (UE) 2016/1624, cit., (articoli 16, 22, 26, 28, 34 e 72) e quelle della Carta dei diritti fondamentali (articoli 1, 4, 18, 19, 24, 41 e 47).

⁵¹ Tribunale 6 settembre 2023, T-600/21, *WS e a./Frontex*, punto 35.

⁵² *Ibidem*, punto 56.

⁵³ *Ibidem*, punto 64.

La pronuncia del Tribunale lascia perplessi⁵⁴, considerato che Frontex non è più quella del 2004, ma ha acquisito un rilevante ruolo operativo⁵⁵.

L'approccio restrittivo del Tribunale è confermato da una sua pronuncia di poco successiva, resa non con riferimento al regolamento del 2016, ma a quello del 2019. Si tratta della causa T-136/22, *Alaa Ahmoudi c. Frontex*, in cui il ricorrente, cittadino siriano, lamentava il coinvolgimento dell'Agenzia in un respingimento dalla Grecia in Turchia occorso nell'aprile 2020, quindi dopo l'entrata in vigore del regolamento 2019/1896, accusandola della violazione dei suoi diritti umani, nonché degli articoli 38, 46 e 80 di questo regolamento, e chiedendo il risarcimento del danno per responsabilità extracontrattuale ai sensi degli articoli 268 TFUE e 340 TFUE. Con ordinanza del 13 dicembre 2023, il Tribunale, dopo aver ricordato i tre richiamati criteri che devono concorrere al fine di ritenere esistente siffatta responsabilità⁵⁶ e dopo aver ribadito che l'onere della prova ricade sul ricorrente⁵⁷, ha concluso che, nel caso di specie, lo stesso non fosse stato in grado di dimostrare in modo specifico e manifesto l'esistenza del nesso di causalità e ha rigettato il suo ricorso⁵⁸.

6. Osservazioni conclusive e di prospettiva

Alla luce di quanto osservato, si può concludere che, nel corso degli anni, l'esistenza e il funzionamento dei numerosi meccanismi di controllo

⁵⁴ Tra i commenti critici pubblicati a pochi giorni di distanza dalla sentenza v. J. DE CONINCK, *Shielding Frontex. On the Eu General Court's "WS and Others v. Frontex"*, in *verfassungsblog.de*, 9 September 2023; G. DAVIES, *The General Court Finds Frontex not Liable for Helping with Illegal Pushbacks: It Was just Following Orders*, in *europeanlawblog.eu*, 11 September 2023; T. PAREJA SÁNCHEZ, *Frontex: ¿La agencia impune?*, in *ibericonnect.blog*, 25 septiembre 2023. In senso parzialmente diverso v. invece C. ZIEBRITZKI, *Why the EU General Court's Frontex Judgment is Better Than it Seems*, in *verfassungsblog.de*, 13 October 2023; F. PASSARINI, *Un (possibile) rimedio giurisdizionale contro Frontex: l'azione per danni nel caso WS e altri c. Frontex*, in *EJ*, n. 4, 2024, p. 71 ss.; E. COLOMBO, *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*, in *Quaderni AISDUE*, 11 gennaio 2024. La sentenza del Tribunale è stata impugnata dinanzi alla Corte, causa C-679/23 P.

⁵⁵ Come efficacemente rilevato da G. RAIMONDO, *op. cit.*, p. 260: «By focusing on Frontex competences over the return decisions, the Court disregarded the agency's monitoring and supervisory obligations (and its competence) in the execution of those decisions».

⁵⁶ Tribunale ord. 13 dicembre 2023, T-136/22, *Ahmoudi/Frontex*, punti 20-21.

⁵⁷ *Ibidem*, punto 29.

⁵⁸ L'ordinanza del Tribunale è stata impugnata dinanzi alla Corte, causa C-136/24 P.

nei confronti di Frontex abbiano dato buoni risultati⁵⁹. L'Agenzia è certamente perfezionabile e le osservazioni critiche contenute nei documenti approvati da tante istituzioni e organi europei, spesso accompagnate e affiancate dai mezzi di informazione e dalle organizzazioni non governative – secondo un modello virtuoso di collaborazione tra soggetti istituzionali e gruppi della società civile – sono state utili per orientare Frontex verso una maggiore attenzione al rispetto dei diritti fondamentali e nel rendere più trasparente il suo funzionamento. Esse hanno altresì favorito l'emergere di una consapevolezza nell'opinione pubblica riguardo alle carenze dell'Agenzia e alla sua insufficiente attenzione ai profili di tutela di quei diritti, sia nell'elaborazione dei mandati delle sue operazioni, sia nello svolgimento delle stesse.

Il quadro normativo delineato da ultimo dal regolamento 2019/1896 lascia irrisolti alcuni nodi problematici, che hanno sollecitato i recenti interventi richiamati nella presente indagine (in particolare, quelli del Parlamento europeo, della Corte dei conti, del Mediatore europeo, dell'Ufficio europeo antifrode, nonché di numerose organizzazioni non governative), finalizzati a sollecitare, da una parte, una maggiore efficacia e trasparenza nell'utilizzazione dei meccanismi esistenti e, dall'altra, ulteriori riforme dei meccanismi medesimi, volte al loro rafforzamento⁶⁰.

L'analisi fin qui condotta, nel valutare prospetticamente l'azione dell'Agenzia in relazione alla tutela dei diritti fondamentali, a cinque anni dalla riforma occorsa con il regolamento 2019/1896 e considerata la difficoltà di proporre ricorsi giurisdizionali nei confronti della stessa per eventuali violazioni commesse durante le attività operative, induce a ritenere preferibile continuare a migliorare il funzionamento di quello che c'è, attraverso una più efficace applicazione delle regole e dei molteplici strumenti e meccanismi di controllo già esistenti – secondo un approccio reputazionale ispirato all'esigenza di assicurarne l'*accountability*⁶¹ –, invece di auspicare ulteriori modifiche del regolamento istitutivo. Le norme ci sono e sono tante, il pro-

⁵⁹ Un giudizio diverso è in G. RAIMONDO, *op. cit.*, p. 59, secondo la quale «in practice, Frontex's human rights compliance remains questionable, and its subsequent accountability is limited».

⁶⁰ Per un quadro di sintesi v. I. AVERSA, M. GKLIATI, *Frontex Investigations: What Changes in the EU Border Agency's Accountability?*, in *statewatch.org*, 30 March 2021. I vari tipi di *accountability* dell'Agenzia sono efficacemente messi in luce dall'ECRE, *Holding Frontex to Account, ECRE's Proposals for Strengthening Non-Judicial Mechanisms for Scrutiny of Frontex*, in *Policy paper 7*, May 2021.

⁶¹ D. VITIELLO, *Poteri operativi accountability e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione europea.*, cit., p. 253 ss., parla, a tale riguardo, di «*accountability* "by design"».

blema è la qualità della loro attuazione, per cui, piuttosto che attendere una sentenza del Tribunale o della Corte di giustizia, è preferibile impegnarsi per far funzionare quello che c'è, auspicando che le norme vengano effettivamente rispettate e che i meccanismi di controllo interni, oltre che quelli esterni all'Agenzia, funzionino efficacemente.

Il futuro potrà fornire indicazioni decisive a tale riguardo; ciò che occorre perseguire, come è stato acutamente osservato, è un cambiamento di mentalità nell'approccio dell'Agenzia al rispetto dei diritti fondamentali⁶². L'aumento – quantitativo e qualitativo – delle sue competenze non può non portare con sé un corrispondente aumento delle sue responsabilità, in una Unione europea che, ora più che mai, deve continuare a esistere come “Unione di diritto”.

Risulta allora condivisibile quanto affermato dalla Commissione europea nella sua recente relazione di valutazione del regolamento 2019/1896 a cinque anni dalla sua adozione: pur riconoscendo che «alcune disposizioni del regolamento avrebbero potuto fornire maggiore chiarezza (ad esempio in materia di diritti fondamentali)» (p. 4), la Commissione conclude rilevando che «nel complesso, non vi è alcuna necessità immediata di un riesame del regolamento» (p. 12) e che «per il momento la maggior parte delle carenze individuate nella valutazione e nella revisione possano ancora essere affrontate nel periodo di attuazione rimanente» (p. 13)⁶³.

⁶² C. HRUSCHKA, *op. cit.*, p. 6: «So although structural changes remain key to the (future) protection of fundamental rights, a mentality shift within Frontex will make all the difference».

⁶³ Per quanto concerne i controlli, è significativo che, nell'allegato alla già citata relazione del 2 febbraio 2024, tra le azioni che l'Agenzia è chiamata a svolgere vi è: «Riesaminare il meccanismo di denuncia e il meccanismo di segnalazione di incidente grave; individuare e adottare miglioramenti che facilitino l'accesso da parte dei potenziali denunciatori, compresi i minori e le persone vulnerabili; ed eliminare gli ostacoli rimanenti alla segnalazione» (p. 13).

Abstract (ita)

Il contributo si occupa dell' Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex). Creata nel 2004, essa aveva inizialmente un ruolo limitato di assistenza e coordinamento, ma nel corso degli anni, ha acquisito importanti funzioni operative e sono state aumentate le sue risorse umane e finanziarie. Tuttavia, l'esercizio di queste funzioni ha sollevato preoccupazioni sul rispetto dei diritti umani durante le operazioni, soprattutto nei respingimenti e nei salvataggi nel Mediterraneo. Sono esaminati i meccanismi di controllo interni all' Agenzia progressivamente introdotti attraverso i numerosi regolamenti di riforma, che integrano quelli esterni alla medesima, come il Mediatore europeo, il Parlamento europeo, la Corte dei conti e l'OLAF. Viene anche considerato il ruolo della Corte di giustizia dell'UE, anche se i ricorsi proposti hanno incontrato un'interpretazione restrittiva da parte del Tribunale. Nel complesso, questi meccanismi di controllo hanno migliorato la trasparenza di Frontex e il suo atteggiamento nei confronti della tutela dei diritti fondamentali.

Abstract (eng)

This essay concerns the European Border and Coastguard Agency (Frontex). Created in 2004, it initially had a limited assistance and coordination role, but over the years it has acquired important operational functions and its human and financial resources have been increased. The exercise of these functions has raised concerns about the respect of human rights during operations, especially in refoulements and rescues in the Mediterranean. The Agency's internal control mechanisms, progressively introduced through the numerous reform regulations, are examined, complementing those outside the Agency, such as the European Ombudsman, the European Parliament, the Court of Auditors and OLAF. The role of the Court of Justice of the EU is also taken into account, although the case law so far shows a restrictive interpretation by the General Court. Overall, these control mechanisms have improved the transparency of Frontex and its attitude towards the protection of fundamental rights.

IL RUOLO DELLE ONG NELLE OPERAZIONI DI RICERCA
E SOCCORSO NEL MEDITERRANEO:
LA NECESSITÀ DI UN COORDINAMENTO EUROPEO*

Erika Colombo**

SOMMARIO: 1. La crisi umanitaria nel Mar Mediterraneo all'origine delle operazioni di ricerca e salvataggio condotte dalle ONG. – 2. La legittimazione giuridica dell'attività delle ONG nel quadro giuridico internazionale: l'obbligo di salvataggio delle persone in pericolo in mare. – 2.1. Il contenuto dell'obbligo di salvare le persone in mare: l'obbligo di soccorso. – 2.2. *Segue*: l'obbligo di predisporre un sistema di ricerca e soccorso. – 2.3. I profili di complessità del quadro giuridico internazionale. – 3. Il contesto giuridico europeo. – 4. Altre forme di ostacolo all'attività delle ONG nel Mediterraneo. – 5. Prospettive future. – 6. Conclusioni.

1. *La crisi umanitaria nel Mar Mediterraneo all'origine delle operazioni di ricerca e salvataggio condotte dalle ONG*

Sono trascorsi ormai più di dieci anni dal 3 ottobre 2013, giorno in cui, in un naufragio al largo delle coste di Lampedusa, hanno perso la vita 368 persone che cercavano di raggiungere l'Europa nel disperato tentativo di trovare sicurezza¹. Un tragico evento che ha scosso l'opinione pubblica e sollevato gravi preoccupazioni riguardo alla crisi umanitaria legata alle migrazioni nel Mar Mediterraneo.

Ne è seguito pochi giorni dopo, il 13 ottobre del 2013, l'inizio dell'operazione *Mare Nostrum*, una missione guidata dalla Marina militare italiana, con l'impiego di circa un migliaio di militari e numerosi mezzi aeronavali, finalizzata a garantire la salvaguardia delle persone in pericolo in mare e ad assicurare alla giustizia tutti coloro i quali lucrano sul traffico illegale

* L'articolo rappresenta una versione rielaborata ed ampliata della relazione tenuta nel corso del seminario “*I flussi migratori via mare e il diritto dell'Unione europea*”, organizzato il 13 ottobre 2023 presso l'Università di Roma “La Sapienza”, nell'ambito del Forum “Immigrazione, Frontiere e Asilo” di AISDUE.

** Dottoressa di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Milano La Statale.

¹ Per una ricostruzione di quanto accaduto, si veda www.ispionline.it/it/web-stories/naufragio-di-lampedusa.

di migranti.

Tale operazione, tuttavia, è durata solamente un anno: a partire dal 31 ottobre 2014, infatti, è stata sostituita da un'operazione coordinata a livello dell'Unione europea, chiamata *Triton*², finalizzata, per lo più, alla lotta all'immigrazione irregolare.

Ebbene, proprio la diversa vocazione della missione europea, nonché la sensibile riduzione dei mezzi economici ed operativi in essa investiti rispetto alle risorse messe in capo con *Mare Nostrum* hanno generato un enorme vuoto nella capacità di soccorso nel Mediterraneo centrale, che ha avuto quale diretta conseguenza un drastico aumento dei naufragi³.

È così, dunque, che è emersa nel panorama marittimo europeo una nuova forma di operazioni di ricerca e soccorso: navi gestite da organizzazioni non governative (ONG) hanno iniziato ad effettuare, come attività predominante, operazioni di ricerca e soccorso nel Mediterraneo centrale con il coordinamento dei centri nazionali di coordinamento del soccorso in mare o di propria iniziativa⁴.

Un'attività che, pur inizialmente accolta con plauso generale, ha poi iniziato a suscitare l'ostilità degli Stati, soprattutto costieri, i quali hanno cominciato ad adottare diverse forme di ostacolo alle operazioni *search*

² L'operazione *Triton* aveva l'obiettivo di sostenere l'Italia attraverso la sorveglianza delle frontiere nel Mar Mediterraneo centrale. Mirava, inoltre, a impedire la diffusione del terrorismo straniero all'interno dell'UE. La ricerca e il salvataggio in mare continuano ancora oggi a costituire un elemento fondamentale dell'operazione, divenuta operazione "*Themis*" dal 2018. Per un approfondimento si rimanda al seguente link: www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-migration-policy/saving-lives-sea/. Ad essa si è affiancata l'operazione *Poseidon*, che ha coperto le zone del Mar Mediterraneo orientale, concentrandosi sulla sorveglianza lungo le frontiere marittime tra Grecia e Turchia sin dal 2006. Per un approfondimento sul tema si rimanda al seguente link: www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-migration-policy/saving-lives-sea/. In proposito, si veda A. ANNONI, *Il ruolo delle operazioni Triton e Sophia nella repressione della tratta di esseri umani e del traffico di migranti*, in *DUE*, n. 4, 2017, p. 829 ss.

³ Basti ricordare, tra gli episodi più terribili, la tragedia del 18 aprile 2015, con l'annegamento nel Canale di Sicilia di un numero di persone stimato tra le 800 e le 900; ed il naufragio che il 18 aprile 2016 ha visto a morte di oltre 400 persone nel medesimo tratto di mare interessato dalla tragedia dell'anno precedente.

⁴ Secondo i dati raccolti dall'Agenzia europea per i diritti fondamentali (*European Union Agency for fundamental rights*, in breve *FRA*), a partire dal 2014, sono state dispiegate, principalmente nel Mediterraneo centrale, 40 navi e quattro aerei da ricognizioni, che hanno aiutato a ridurre le vittime in mare.

and rescue (c.d. SAR) condotte da questi soggetti⁵ (v. § 4), anche in ragione della convinzione – peraltro infondata⁶ – che le stesse creassero (e creino) un “fattore di attrazione” in grado di alimentare il traffico di migranti.

Così, stando all’ultimo report pubblicato dall’Agenzia europea per i diritti fondamentali (*European Union Agency for fundamental rights*, in breve *FRA*)⁷, a partire dall’agosto 2014 sino a maggio 2024, delle quarantuno imbarcazioni appartenenti alle ONG, variamente coinvolte nelle operazioni SAR nel Mar Mediterraneo, e censite dall’Agenzia, ventisei sono state oggetto di almeno un procedimento giudiziario da parte delle autorità dei Paesi membri⁸. Di queste, ben quattordici navi sono oggi inattive, mentre solamente dodici continuano ad operare nel Mediterraneo. Inoltre, delle quindici imbarcazioni immuni da procedimenti giudiziari⁹, dieci hanno interrotto le loro operazioni di assistenza umanitaria in alto mare.

Ebbene, nonostante le forti resistenze dell’Unione europea e dei suoi Stati membri, il numero di ONG impegnate a predisporre equipaggi e imbarcazioni destinate ad operare nelle zone SAR del Mar Mediterra-

⁵ Si veda sul punto L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *federalismi.it*, n. 2, 2019, p. 18 ss., che ricostruisce molto chiaramente i diversi passaggi politico-istituzionali che hanno portato alla stigmatizzazione delle attività condotte dalle ONG in mare quali forme di favoreggiamento all’immigrazione irregolare. Nello scritto si evidenzia che è stato un rapporto del mese di febbraio 2017 redatto da Frontex ad aver per la prima volta veicolato a livello istituzionale il larvato messaggio per cui le attività delle ONG costituiscono un *pull factor* delle partenze dalla Libia.

⁶ Si veda, per tutti, C. AMENTA, P. DI BETTA, C. FERRARA, *La crisi dei migranti nel Mediterraneo centrale: le operazioni search and rescue non sono un fattore di attrazione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2021, p. 17 ss.

⁷ *European Union Agency for fundamental rights, June 2023 update – Search and rescue operations in the Mediterranean and fundamental rights*, 1 July 2024, reperibile al seguente link: www.fra.europa.eu/en/publication/2024/june-2024-update-ngo-ships-sar-activities.

⁸ Le navi che sono state sottoposte a procedimento di natura giudiziaria, dal 2014 a maggio 2024, sono: Aita Mari, Alan Kurdi, Alex Mediterranea, Astral, Aquarius, Aurora, Eleonore, Geo Barents, Golfo Azzurro, Humanity 1, Iuventa, Lifeline, Mare Go, Mare Liberum, Mare Jonio, Louise Michel, Ocean Viking, Open Arms, Sea-Eye, Sea-Eye 4, Sea-Watch 3, Sea-Watch 4, Sea-Watch 5, The Seefuchs, Vos Hestia, Vos Prudence.

⁹ Tra cui: Bourbon Argos, Colibri, Dignity I, Josefa, Life Support, Minden, Mo Chara, Nadir, Open Arms Uno, Phoenix, ResQPeople, Rise Above, Sea Punk, Sea-Watch, Sea-Watch 2.

neo è fortemente aumentato nel tempo, consolidando una pratica che è ormai divenuta essenziale per assicurare l'assistenza umanitaria a coloro che decidono di affrontare una delle rotte migratorie tra le più pericolose al mondo¹⁰.

2. *La legittimazione giuridica dell'attività delle ONG nel quadro giuridico internazionale: l'obbligo di salvataggio delle persone in pericolo in mare*

Preso atto delle ragioni storiche che consentono di spiegare la presenza delle ONG nel Mar Mediterraneo, occorre porsi alcuni interrogativi in merito alla legittimazione giuridica delle operazioni di salvataggio condotte da queste organizzazioni, al fine di chiarire le basi giuridiche che ne consentono (e/o ne limitano) l'operato.

In tal senso, prima di prendere in esame l'ordinamento dell'Unione europea, è necessario richiamare il quadro giuridico internazionale e, nello specifico, l'obbligo – di natura pattizia¹¹ – di ricerca e salvataggio delle persone in pericolo in mare.

Si tratta di un obbligo generale e universale, che ha ormai assunto, secondo larga parte della dottrina, natura consuetudinaria¹². Esso infatti: *i*) vincola tutti gli Stati, sia in tempo di pace, che in tempo di guerra; *ii*) si applica a tutte le navi, sia pubbliche, che private; *iii*) è vigente in tutte le zone marine; *iv*) riguarda qualsiasi persona che si trovi in situazione di pericolo in mare. E, dunque, non può che giustificare anche le operazioni condotte dalle navi delle ONG.

¹⁰ V. www.italy.iom.int/it/news/oim-e-unhcr-chiedono-unazione-decisa-seguito-dellultima-tragedia-nel-mediterraneo.

¹¹ Tra le fonti pattizie rilevanti rientrano Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (United Nations Convention on the Law of the Sea, "UNCLOS"), la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita in mare (*International Convention for the Safety Of Life At Sea*, "SOLAS") e la Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso (*International Convention on Maritime Search and Rescue*, "SAR"). Sul tema, si veda I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. 2, 2019, p. 507 ss.

¹² In tal senso, tra gli altri, v. R. BARNES, *The International Law of the Sea and Migration Control*, in R. BERNARD, M. VALSAMIS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden, 2010, p. 103 ss.; I. PAPANICOLOPULU, *The Duty to Rescue at Sea, in Peacetime and in War: A General Overview*, in *International Review of the Red Cross*, n. 98, 2016, p. 491 ss.; F. G. ATTARD, *The Duty of the Shipmaster to Render Assistance at Sea under International Law*, Leiden, 2020.

2.1. *Il contenuto dell'obbligo di salvare le persone in mare: l'obbligo di soccorso*

L'obbligo di salvare le persone in mare consta di due componenti: *i*) l'obbligo di prestare soccorso; *ii*) l'obbligo di predisporre un sistema di ricerca e soccorso.

Quanto al primo obbligo, esso è rivolto, da un lato, agli Stati di bandiera, dall'altro, direttamente ai comandanti.

Quanto al primo profilo, è possibile fare riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (nota anche come UNCLOS, acronimo di *United Nations Convention on the Law of the Sea*)¹³, che si occupa di definire un ordine giuridico per i mari e per gli oceani e di stabilire regole sugli utilizzi degli oceani e delle loro risorse, sancendo i limiti materiali e territoriali dei diritti sovrani e della giurisdizione esercitata dagli Stati nelle diverse zone marittime. Secondo quanto previsto dalla Convenzione, ogni Stato esercita una giurisdizione esclusiva sulle navi che battono la sua bandiera e si trovano in alto mare, giurisdizione che implica, per lo Stato di bandiera, alcuni obblighi. E tra essi si colloca proprio il dovere fondamentale di prestare soccorso alle persone in pericolo o in difficoltà, nella misura in cui ciò sia possibile senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri (art. 98, par. 1, della Convenzione).-

Si tratta di un obbligo di carattere assoluto, che, come tale, consente peraltro di ritenere conforme al concetto di *passaggio inoffensivo*¹⁴, anche l'ingresso nel mare territoriale di un diverso Stato e il soffermarsi per ivi prestare attività di soccorso. Questo significa che una nave battente bandiera straniera che abbia ricevuto una richiesta di soccorso da parte di un'altra imbarcazione che si trovi nel mare territoriale di uno Stato, ivi po-

¹³ La Convenzione UNCLOS è stata sottoscritta a Montego Bay (Giamaica) il 10 dicembre 1982 ed è entrata in vigore il 16 novembre 1994. La Convenzione è stata approvata dalla Comunità europea con la decisione 98/392/CE del Consiglio, del 23 marzo 1998, ed è stata ratificata da tutti i Paesi membri.

¹⁴ Il diritto di passaggio inoffensivo consiste nella facoltà, riconosciuta a tutti gli Stati, di far navigare le proprie navi nel mare territoriale altrui al fine di attraversarlo o di raggiungere i porti dello Stato costiero, a condizione che la navigazione si svolga in maniera continua e rapida e non rechi pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero (cfr. articolo 17 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare). Esso rappresenta un limite invalicabile dalla sovranità dello Stato costiero, il quale può adottare esclusivamente misure necessarie a prevenire il passaggio non-inoffensivo (v. articolo 25 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare).

trà – *rectius* dovrà – fare ingresso per prestare soccorso¹⁵ e lo Stato costiero non sarà autorizzato ad adottare misure contro questa nave.

Quanto invece al profilo relativo all'obbligo di salvataggio rivolto direttamente ai comandanti delle navi, è possibile richiamare la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita in mare (nota anche semplicemente come Convenzione SOLAS, acronimo di *Safety Of Life At Sea*)¹⁶, un accordo internazionale volto a tutelare la sicurezza della navigazione mercantile, con esplicito riferimento alla salvaguardia della vita umana in mare. Essa impone ad ogni comandante l'obbligo di rendere assistenza a qualsiasi persona che rischia di perire in mare, nella misura in cui lo possa fare senza serio pericolo per la propria nave e le persone a bordo¹⁷.

¹⁵ Cfr. art. 18, par. 2, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, che contempla tra le eccezioni al passaggio «rapido e continuo» di un'imbarcazione straniera – caratteristica necessaria per poter connotare come “inoffensivo” l'attraversamento del mare territoriale di uno Stato costiero – proprio «situazioni di forza maggiore, pericolo e necessità di prestare assistenza a navi e aeromobili in pericolo». Questa conclusione, tuttavia, non si applica ad attività di ricerca di imbarcazioni in pericolo: in questo caso, lo Stato costiero ha il potere di regolare l'attività e può adottare misure contro navi che si trovano nelle sue acque territoriali. Si consideri poi quanto affermato da I. PAPANICOLOPULU, *Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?*, in *SidiBlog*, 26 giugno 2019: «Per quel che riguarda il carattere “inoffensivo” del passaggio, questo è tale se non reca pregiudizio alla pace, il buon ordine o la sicurezza dello Stato costiero (art. 19, par. 1, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare). Tra le attività che rendono il passaggio non-inoffensivo rientra “il carico o scarico di qualsiasi ... persona in violazione alle norme ... in materia di immigrazione ... dello Stato costiero (art. 19, par. 2, lett. g). Di conseguenza, se una nave carica o scarica persone in violazione alle norme sull'immigrazione dello Stato costiero, il passaggio non è più inoffensivo e lo Stato costiero può intervenire. Tuttavia, l'ingresso di una nave che trasporta persone soccorse in mare in adempimento dell'obbligo internazionale di salvare la vita umana in mare non può considerarsi come attività compiuta in violazione delle leggi nazionali sull'immigrazione, a condizione che l'obiettivo della nave sia semplicemente quello di far sbarcare le persone soccorse». E ciò, proprio in virtù dell'obbligo di salvare le persone in pericolo in mare imposto dal diritto internazionale.

¹⁶ Tale convenzione è stata sottoscritta il 1° novembre 1974 ed è entrata in vigore il 25 maggio 1980. Nell'ordinamento europeo, la direttiva 96/98/CE, del 20 dicembre 1996, sull'equipaggiamento marittimo mirava a garantire un'applicazione uniforme della convenzione SOLAS sulle attrezzature delle navi commerciali e a rendere obbligatorie le risoluzioni dell'OMI da essa derivanti. La direttiva 2012/32/UE ha modificato la direttiva 96/98/CE sostituendo l'allegato A, al fine di adeguarlo per tenere conto delle più recenti modifiche delle convenzioni internazionali e delle norme di prova applicabili. La direttiva 2014/90/UE, del 23 luglio 2014, sull'equipaggiamento marittimo ha invece rafforzato l'attuazione e il controllo del rispetto delle normative in materia.

¹⁷ Cfr. capitolo V, regolamento 33 (1) della Convenzione internazionale per la salva-

A ciò si aggiunga che, una volta effettuata un'operazione di salvataggio, il comandante è ulteriormente vincolato a due obblighi: *i*) trattare le persone soccorse umanamente, in conformità agli obblighi che derivano dai diritti umani; *ii*) condurre le persone salvate in un *place of safety*, ossia un luogo in cui si considera che le operazioni di soccorso siano terminate; la sicurezza della vita delle persone soccorse in mare non è più in pericolo; possono essere soddisfatte le esigenze umane minime di queste persone; ed è possibile organizzare il trasporto verso la destinazione successiva o finale dei sopravvissuti¹⁸.

2.2. Segue: *l'obbligo di predisporre un sistema di ricerca e soccorso*

All'obbligo sino ad ora descritto si affianca poi un ulteriore onere, imposto, questa volta, esclusivamente in capo agli Stati costieri.

Secondo quanto previsto dal secondo paragrafo dell'articolo 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, questi ultimi sono tenuti a promuovere la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima (e aerea) e, se necessario, collaborare con gli Stati adiacenti tramite accordi regionali¹⁹. In sostanza, gli Stati costieri sono tenuti ad apprestare mezzi e procedure atti a localizzare le persone in pericolo e ad assicurare che queste vengano prontamente soccorse (attraverso navi della propria guardia costiera, ovvero richiedendo l'intervento di altre

guardia della vita in mare: «il comandante di una nave che si trovi nella posizione di essere in grado di prestare assistenza, avendo ricevuto informazione da qualsiasi fonte circa la presenza di persone in pericolo in mare, a procedere con tutta rapidità alla loro assistenza, se possibile informando gli interessati o il servizio di ricerca e soccorso del fatto che la nave sta effettuando tale operazione».

¹⁸ Cfr. IMO, *Resolution MSC.167(78): Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea (Rescue Guidelines)*, 20 May 2004.

¹⁹ Si vedano anche: il capitolo V, regolamento 7 della Convenzione SOLAS, che richiede agli Stati parte «di garantire che vengano presi gli accordi necessari per le comunicazioni di pericolo e per il coordinamento nella propria area di responsabilità e per il soccorso di persone in pericolo in mare lungo le loro coste. Tali accordi dovranno comprendere l'istituzione, l'attivazione ed il mantenimento di tali strutture di ricerca e soccorso, quando esse vengano ritenute praticabili e necessarie»; nonché Convenzione SAR, che obbliga gli Stati a «garantire che sia prestata assistenza ad ogni persona in pericolo in mare... senza distinzioni relative alla nazionalità o allo status di tale persona o alle circostanze nelle quali tale persona viene trovata» (capitolo 2.1.10) ed a «fornirle le prime cure mediche o di altro genere ed a trasferirla in un luogo sicuro» (capitolo 1.3.2.).

imbarcazioni, che agiranno ai sensi dell'obbligo di cui all'art. 98, par. 1, cit.).

È poi la Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso (nota anche come Convenzione SAR, *International Convention on Maritime Search and Rescue*)²⁰ a stabilire la ripartizione delle responsabilità in merito all'assolvimento di un suddetto obbligo da parte degli Stati costieri. La convenzione, in particolare, determina la suddivisione del mare in una serie di *search and rescue region* – comunemente denominate zone SAR – definite come aree di «defined dimensions associated with a rescue co-ordination centre within which search and rescue services are provided». Dall'istituzione della zona SAR discendono per lo Stato costiero diversi obblighi e in particolare, per quanto qui interessa, la responsabilità primaria del coordinamento delle operazioni di ricerca e soccorso che si svolgono al suo interno²¹.

Ebbene, tale responsabilità ricade esclusivamente in capo agli Stati: nessuna nave e nessun comandante sarà tenuto/a a condurre eventuali operazioni di ricerca di persone in difficoltà, prima di avere ricevuto una richiesta di soccorso da un centro di coordinamento nazionale. Ciò non toglie, tuttavia, che pur non sussistendo un obbligo in tal senso, non sia rinvenibile, all'interno del diritto internazionale richiamato alcuna norma che vieti tali azioni.

Di conseguenza, operazioni di ricerca svolte dalle navi delle ONG, pur non imposte dal diritto internazionale, non possono che essere considerate lecite ai sensi delle sue norme.

2.3. I profili di complessità del quadro giuridico internazionale

Premesso quanto sopra, potendo certamente ricondurre l'operato delle ONG nel Mediterraneo all'obbligo di matrice internazionale che impone di salvare le persone in pericolo in mare, occorre però prendere atto di alcuni

²⁰ La Convenzione è stata adottata ad Amburgo il 27 aprile 1979 ed è entrata in vigore il 22 giugno 1985. Si tratta di un accordo internazionale elaborato dall'Organizzazione Marittima Internazionale, volto a tutelare la sicurezza della navigazione mercantile, con esplicito riferimento al soccorso marittimo.

²¹ Per una disamina della problematica relativa alla sovrapposizione tra l'estensione dell'area di *Search and Rescue* (zona SAR) e quella nella quale lo Stato costiero può esercitare una forma di giurisdizione extraterritoriale, anche al fine di assicurare il rispetto degli obblighi di tutela dei diritti umani, si veda M. BARNABÒ, *Verso una sovrapposizione tra zona SAR e giurisdizione statale?*, in *EP*, vol. 5, n. 1, 2020, p. 375 ss.

ulteriori profili, che rendono complesso il quadro giuridico relativo alle operazioni SAR condotte da tali organizzazioni.

Innanzitutto, va tenuto presente che la normativa rilevante in tema di obbligo di salvataggio delle persone in mare non è stata sviluppata con l'intento di regolare il fenomeno di cui si sta discutendo: le norme che impongono un obbligo di salvataggio delle persone in pericolo in mare non erano state concepite pensando all'eventualità che potessero trovarsi in pericolo migliaia di persone (come invece la crisi migratoria ha reso necessario) e considerando che le stesse persone da soccorrere potessero mettersi volontariamente a rischio²².

Questo significa che, benché i riferimenti normativi menzionati rappresentino certamente una fonte di legittimazione dell'operato delle ONG, non può dimenticarsi che quelle stesse norme non siano state pensate per regolare un fenomeno come quello oggetto di esame.

In secondo luogo, occorre ribadire che le navi di cui si avvalgono le ONG – soggetti privati – sono beni di natura privata, che, come tali, non possono che essere soggette alle norme di navigazione comuni. Allo stesso tempo, però, queste stesse imbarcazioni presentano una serie di caratteristiche che consentono di assimilarle a quelle navi pubbliche che vengono destinate al servizio di ricerca e soccorso in mare (Marina militare, Guardia costiera, Guardia di finanza). Infatti, le imbarcazioni delle ONG: *i*) operano in maniera continuativa nelle acque dove maggiormente si verificano incidenti che coinvolgono migranti, navigando in tali zone con l'esplicito e sostanzialmente unico scopo di assistere chi si trovi in situazioni di pericolo; *ii*) vengono regolarmente contattate dai Centri di ricerca e soccorso statali e di fatto agiscono in sostituzione dei mezzi statali che avrebbero il compito di pattugliare le acque per soccorrere persone in pericolo.

Pertanto, pur non partecipando della natura pubblica delle navi statali, cui il diritto del mare attribuisce specifici diritti proprio in quanto imbarcazioni dello Stato, le navi delle ONG svolgono le medesime attività di queste ultime, continuando ad essere assoggettate ad un regime normativo di natura privatistica.

Si consideri quindi un ulteriore aspetto: mentre è indubbiamente consentito alle navi di uno Stato costiero di sbarcare le persone salvate sulle coste di tale Stato, lo stesso principio non risulta applicabile nel caso di in-

²² Sull'origine dell'obbligo di salvataggio delle persone in pericolo in mare, si veda I. PAPANICOLOPULU, *The Historical Origins of the Duty to Save Life at Sea in International Law*, in *Journal of the history of International Law*, vol. 24, 2022, p. 149 ss.

dividui salvati da navi di ONG. In tali ipotesi, infatti, l'imbarcazione privata dovrà essere autorizzata ad approdare nel porto di uno Stato costiero.

Tuttavia, se è pacifico che, una volta concluso il soccorso di persone in pericolo in mare, sussiste un ulteriore obbligo per il comandante della nave di condurre i soccorsi nel «porto sicuro più vicino», non è altrettanto pacifica l'individuazione di tale luogo.

Secondo la risoluzione dell'Organizzazione marittima internazionale sul trattamento delle persone soccorse in mare²³, dovrebbe essere lo Stato responsabile della zona SAR in cui è avvenuto il salvataggio ad avere *in primis* l'obbligo di fornire un luogo sicuro di sbarco; tuttavia, si tratta pur sempre di una previsione non vincolante²⁴, che, in quanto tale, non è in grado di contrastare la tendenza degli Stati costieri – *in primis*, l'Italia – di apporre ostacoli allo sbarco dei migranti soccorsi in mare (v. di seguito § 4).

È evidente, dunque, che il quadro giuridico sin qui descritto non appare del tutto adeguato ad assicurare una regolamentazione piena ed efficace delle operazioni di ricerca e soccorso pur legittimamente esercitata dalle ONG attive nel Mediterraneo.

3. *Il contesto giuridico europeo*

Venendo ora all'esame del quadro giuridico dell'Unione europea, occorre sin da subito evidenziare come il diritto UE in materia di diritti umani imponga agli Stati membri – nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione stesso – di adempiere a obblighi positivi per quanto riguarda la salvaguardia della vita delle persone che rientrano nella loro giurisdizione e di adottare misure preventive per evitare rischi reali e immediati per la vita umana.

In questo senso, le attività di ricerca e salvataggio delle persone in pe-

²³ IMO, *Resolution MSC.167(78)*, cit, par. 6.12.

²⁴ Sulla complessità di individuare un «*place of safety*» in cui far sbarcare le persone soccorse in mare, si veda F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *RDI*, 2009, p. 800 ss. Chiaro è, in ogni caso, che, nel rispetto dei principi fondamentali del diritto internazionale dei rifugiati e dei diritti umani, primo tra tutti il diritto al non respingimento, lo sbarco non potrà mai avvenire: a) in un luogo in cui le persone salvate potrebbero essere a rischio di persecuzione, tortura o trattamento disumano o degradante, o privazione arbitraria della vita; b) in un luogo in cui le stesse potrebbero rischiare di essere allontanate verso una destinazione in cui corrano tali rischi; c) trasferiti sotto il controllo di un altro Stato che potrebbe non proteggerli da tali rischi. Cfr., in questi termini, UNHCR, *Legal considerations on the roles and responsibilities of States in relation to rescue at sea, non-refoulement, and access to asylum*, 2022, par. 3.2.

ricolo in mare condotte dagli attori della società civile possono sicuramente rappresentare una forma di salvaguardia del diritto alla vita, come tutelato dall'articolo 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché, più in generale, dei diritti umani fondamentali riconosciuti dall'UE, tra cui anche il diritto di asilo.

Inoltre, occorre ricordare che il diritto internazionale consuetudinario e, quindi, anche l'obbligo di salvataggio delle persone in pericolo in mare costituisce fonte di diritto dell'Unione. Peraltro, la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, che, all'articolo 98 sancisce l'obbligo di cui sopra, è stata ratificata da tutti gli Stati membri, nonché dalla stessa Unione.

Oltre a ciò, tuttavia, non è possibile individuare norme atte a regolare in modo specifico le operazioni SAR e, in particolare, a dare veste giuridica all'intervento condotto dalle navi delle ONG.

La politica dell'Unione europea, infatti, si è concentrata principalmente sull'adozione di misure dirette alla lotta contro l'immigrazione irregolare²⁵ e il traffico di migranti²⁶, occupandosi di considerare la problematica relativa ai flussi migratori via mare esclusivamente sotto questo profilo.

Si veda, in particolare, il c.d. «pacchetto sul favoreggiamento», adottato dall'Unione nel 2002 e specificatamente volto a contrastare sia la migrazione irregolare, sanzionando il favoreggiamento in relazione all'attraversamento illegale delle frontiere, sia le reti della criminalità organizzata che mettono in pericolo la vita dei migranti²⁷. Esso si compone di una decisione quadro²⁸ e di una direttiva²⁹, la c.d. «direttiva sul favoreggiamento», che impone

²⁵ In proposito, si veda G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, III ed., 2020, p. 5 ss.

²⁶ In proposito, si rimanda a S. CARRERA, E. GUILD (eds.), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the EU*, in *Centre for European Policy Studies*, 2016.

²⁷ In precedenza, l'unico riferimento normativo relativo all'immigrazione irregolare era contenuto nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (art. 77, par. 1), che impegnava gli Stati parte a stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiutasse o tentasse di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare illegalmente nel territorio di uno Stato parte. Con il consolidamento della competenza in materia penale dell'Unione.

²⁸ Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

²⁹ Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

agli Stati membri l'obbligo di adottare sanzioni appropriate nei confronti di chiunque, in violazione della legislazione, intenzionalmente aiuti un cittadino di Paese terzo ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro, o aiuti, a scopo di lucro, un cittadino di Paese terzo a soggiornare nel territorio di uno Stato membro.

Pur non essendo questa la sede per un approfondimento circa il quadro normativo europeo sulla lotta al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, occorre evidenziare un dato che assume enorme rilevanza nell'ottica della disamina di cui ci si occupa: la normativa di riferimento ha espressamente reso facoltativa per gli Stati membri la non-criminalizzazione dell'assistenza umanitaria. Si legge infatti all'articolo 1, par. 2, della direttiva citata: «Ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a) [favoreggiamento all'ingresso e al transito illegale di stranieri], applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata».

Ebbene, tale scelta legislativa ha avuto un impatto assai rilevante sul comportamento degli Stati costieri, i quali, come anticipato in premessa, hanno reagito alla comparsa delle navi delle ONG nel Mar Mediterraneo adottando forme di criminalizzazione degli operatori privati coinvolti³⁰, al fine di impedirne le attività.

E ciò si spiega, in un'ottica di sistema, alla luce di due fattori strettamente correlati: *i*) il fatto che i flussi migratori via mare – in assenza di canali di ingresso legale – rappresentano una delle principali vie di accesso al territorio dell'Unione per i cittadini di Paesi terzi che cercano protezione internazionale al di fuori del proprio Stato di origine; *ii*) il fatto che, conseguentemente, trovino applicazione i meccanismi di funzionamento del cosiddetto “regolamento Dublino”, ossia il sistema di riparto delle competenze tra Stati membri quanto all'esame delle domande di protezione internazionale presentate da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide.

Alla base del sistema di allocazione di competenze nel sistema europeo comune di asilo, l'Unione europea ha stabilito una serie di criteri che

³⁰ In proposito si veda la ricerca condotta da S. CARRERA, E. GUILD, A. ALIVERTI, J. ALLSOPP, M-G. MANIERI, M. LEVOY, *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*, Bruxelles, European Parliament, 2015; nonché J. ALLSOPP, *Solidarity, smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and its Discontents*, in *DIC*, n. 3, 2017, p. 1 ss. Si veda anche lo studio del Consiglio d'Europa sulla criminalizzazione delle ONG, *Using Criminal Law To Restrict The Work Of NGOs Supporting Refugees And Other Migrants In Council Of Europe Member States*, December 2019, reperibile su www.coe.int.

dovrebbero consentire di individuare, di volta in volta, lo Stato membro competente ad esaminare una determinata domanda di asilo. Tuttavia, le difficoltà riscontrate nella prassi ad applicare i criteri fissati nel regolamento, hanno comportato la preponderante (se non quasi esclusiva) operatività del criterio residuale del Paese di primo ingresso.

Calando tali considerazioni nell'ambito dei flussi migratori via mare, se ne deduce che, a seguito di un'operazione di soccorso, lo Stato di approdo e, quindi, di sbarco delle persone salvate non rappresenta solamente il porto sicuro più vicino, ma anche – e soprattutto – lo Stato competente ad esaminare le domande di protezione internazionale eventualmente avanzate dai cittadini di Paesi terzi soccorsi in mare³¹.

Se poi si considera che, in forza del principio dell'unicità della competenza, lo Stato membro incaricato dell'esame di una domanda di protezione internazionale dovrà assumersi la responsabilità anche per la fase successiva al riconoscimento della protezione stessa, emerge con estrema chiarezza il reale motivo dell'ostilità degli Stati rispetto all'attività delle ONG.

³¹ Si veda, in proposito, C. FAVILLI, *La stagione dei porti semichiusi: ammissione selettiva, respingimenti collettivi e responsabilità dello Stato di bandiera*, in *Questione giustizia*, 8 novembre 2022. Occorre peraltro evidenziare che la problematica evidenziata sussiste anche a seguito dell'adozione delle proposte di riforma contenute nuovo Patto sull'Immigrazione e l'Asilo: permane infatti l'identificazione tra Stato nei cui porti si concludono le operazioni di ricerca e soccorso in mare dei migranti e Stato di primo arrivo, confermando l'impostazione sopra illustrata. Si veda, in proposito, E. PISTOIA, *Il nuovo Patto e la gestione degli sbarchi*, in *ADiM Blog*, novembre 2020. Più in generale, per un'analisi complessiva degli elementi di criticità del Patto, si veda M. BORRACCETTI, *Il nuovo Patto europeo sull'Immigrazione e l'Asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *DIC*, n. 1, 2021, p. 1 ss.

4. *Altre forme di ostacolo all'attività delle ONG nel Mediterraneo*

Come anticipato nel paragrafo precedente, gli ostacoli opposti all'attività delle ONG non hanno assunto esclusivamente la forma di tentativi di *criminalizzazione* degli attori coinvolti nelle operazioni di ricerca e salvataggio³², ma passano altresì attraverso altri strumenti³³.

Innanzitutto, occorre considerare che, in base a quanto disposto dalla Convenzione sul diritto del mare, ogni Stato ha una competenza esclusiva di stabilire le condizioni che regolamentano la concessione alle navi della sua nazionalità, dell'immatricolazione nel suo territorio e del diritto di battere la sua bandiera (cfr. art. 91). L'esercizio di tale competenza si realizza, in particolare, mediante la classificazione e certificazione, da parte dello Stato di bandiera, oppure da parte di un organismo autorizzato a tal fine, delle navi battenti bandiera dello stesso, a seguito di verifica della conformità di tali navi a tutte le prescrizioni previste dalle convenzioni internazionali applicabili.

Questo significa che, con riferimento alle navi utilizzate dalle ONG per le operazioni SAR, sarà lo Stato di bandiera a dettare i requisiti tecnico-operativi necessari per consentire a ciascuna imbarcazione di salpare. Ma ciò, non sempre, per ragioni di natura strettamente tecnica.

A titolo esemplificativo, si considerino gli standard di sicurezza introdotti dalla legislazione olandese nel 2019, dopo che la *Sea-Watch 3*, all'epoca battente bandiera olandese, era stata fermata in Italia per ispezioni, che hanno avuto come conseguenza il fatto che alcune navi – tra cui la *Sea-Watch 3* – non abbiano più potuto navigare sotto la bandiera olandese³⁴.

³² Dalla ricerca condotta nel giugno del 2019 nell'ambito del progetto europeo ReSO-MA (Research Social Platform on Migration and Asylum), dal titolo *Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants*, è emerso che le azioni giudiziarie e le indagini penali nei confronti di individui – volontari, difensori dei diritti umani, equipaggi di ONG – sono state circa sessanta, tra il 2015 e il 2019, con un picco di casi nel 2018. In ogni caso, come evidenziano i dati raccolti dalla FRA, si è registrato negli ultimi anni un aumento dell'uso di misure di natura amministrativa nei confronti delle imbarcazioni (con conseguente sequestro delle stesse o il loro blocco nei porti), a fronte di una diminuzione delle procedure penali contro i membri dell'equipaggio o il personale delle ONG.

³³ Per un esame completo delle misure utilizzate dagli Stati per osteggiare le operazioni SAR condotte dalle ONG, si veda N. MARKARD, M. STILLER, A. FARAHAT, I. KIENZLE, J. KIESSLING, *Support for civil search and rescue activities Options for the German government*, July 2023, www.eu.boell.org/sites/default/files/2023-07/e-paper-search-and-rescue_final_20072023_0.pdf.

³⁴ Cfr. M. STILLER, *Mourning the Dead While Securitized the Sea*, in *verfassungsblog.de*, 7 July 2023.

Ovvero, il tentativo di emendamento della normativa tedesca relativa alla sicurezza delle navi promosso dal Ministero federale per il Digitale e i Trasporti nel febbraio 2023, che era stato concepito proprio con l'intento di ostacolare le ONG tedesche ad ottenere la registrazione delle loro navi SAR³⁵.

O, ancora, l'adozione dei c.d. "codici di condotta delle ONG", provvedimenti adottati dal Governo italiano – il primo a luglio del 2017³⁶ e, più di recente, a febbraio del 2023³⁷, che hanno imposto restrizioni rilevanti all'operato degli attori privati attivi nel Mediterraneo centrale.

Inoltre, si tenga presente che, pur vigendo un principio generale del diritto del mare secondo cui è lo Stato di bandiera ad esercitare la giurisdizione

³⁵ Cfr. M. STILLER, *op. cit.*

³⁶ La sottoscrizione del "Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare", adottato dal Governo italiano, era stata imposta quale condizione necessaria alla possibilità per le ONG di collaborare con le autorità italiane nella gestione dei soccorsi. Alcune organizzazioni, tuttavia, si erano rifiutate di siglare il documento, dal momento che, tra gli impegni richiesti nel testo alcuni erano stati ritenuti inaccettabili (in specie quello di collaborare con la Guardia costiera libica nel riportare i naufraghi in Libia e quello di accettare la presenza a bordo di funzionari della polizia italiana). Ciò aveva condotto però alla loro incriminazione (si veda, per tutti, il caso *Iuventa*, esaminato da R. BARBERINI, *Il sequestro della Iuventa: ONG e soccorso in mare*, in *Questione Giustizia*, 2017). Sullo strumento del "codice di condotta" quale mezzo di ostacolo alle attività SAR delle ONG, si vedano: F. FERRI, *Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *DUDI*, 2018, p. 189 ss.; L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, in *Questione giustizia*, 2021.

³⁷ Si fa riferimento al D.L. n. 1/2023, entrato in vigore il 3 gennaio 2023, con il quale il Governo italiano ha previsto specifiche condizioni che consentono l'adozione di misure di interdizione all'ingresso o alla sosta nelle acque territoriali delle navi che effettuano operazioni SAR. Tale facoltà è regolata dall'art. 1, co. 2, del D.L. n. 130/2020, e può essere esercitata dal Ministro dell'Interno, di concerto con i Ministri della difesa e delle infrastrutture e dei trasporti, «per motivi di ordine e sicurezza pubblica», ovvero nel caso di attività in «violazione delle leggi di immigrazione vigenti» (cfr. art. 19, co. 2, lett. g) della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare). Tale divieto di transito e di sosta, in ogni caso, non poteva trovare applicazione nell'ipotesi di operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera, ed effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare. Tuttavia, con l'adozione del nuovo "codice di condotta" sono state ampliate le condizioni in presenza delle quali il Governo è legittimato ad esercitare il potere di limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale. Per un'analisi della normativa richiamata, si veda: A. FAZZINI, *Le politiche di contrasto alle ONG che operano il soccorso in mare (terzo atto) e la tenuta dello stato di diritto*, in *OIDU*, 2023, p. 124 ss.

zione sulle navi che hanno la sua nazionalità ovunque si trovino (anche in alto mare; cfr. art. 92)³⁸, nel momento in cui un'imbarcazione varca le acque interne di uno Stato costiero – tra cui sono ricomprese anche le zone portuali – sarà quest'ultimo ad esercitare una piena sovranità. Di conseguenza, esso potrà imporre restrizioni all'accesso a navi battenti bandiera straniera, esercitare ispezioni e controlli, nonché imporre misure coercitive (di fermo o sequestro) nei confronti delle navi che approdano nei suoi porti³⁹.

³⁸ Da ciò derivano, per lo Stato di bandiera, taluni obblighi, tra cui quelli di esercitare effettivamente la propria giurisdizione e il proprio controllo su dette navi, nonché di adottare tutte le misure necessarie a salvaguardare la sicurezza in mare, in particolare per quanto riguarda le attrezzature, la navigabilità, l'addestramento e le condizioni di lavoro (art. 94, par. da 1 a 3, della Convenzione sul diritto del mare). Inoltre, lo Stato di bandiera deve, ai sensi del paragrafo 4 di tale articolo, garantire, in particolare, che il comandante, gli ufficiali e, nella misura appropriata, l'equipaggio conoscano e rispettino le pertinenti norme internazionali relative alla salvaguardia della vita umana in mare.

³⁹ Si consideri, tuttavia, quanto affermato nella sentenza *Sea Watch* (Corte giust. 1° agosto 2022, cause riunite C-14/21 e C-15/21), nella quale i giudici di Lussemburgo si sono occupati di offrire chiarimenti in merito all'estensione dei poteri di controllo e di fermo dello Stato di approdo sulle navi gestite dalle organizzazioni umanitarie. La vicenda aveva riguardato due navi della ONG olandese *Sea Watch*, che erano state sottoposte a fermo amministrativo nei porti italiani di Palermo e di Porto-Empeocle, poiché ritenute carenti delle certificazioni necessarie per lo svolgimento di attività di ricerca e soccorso in mare, nonché ritenute pericolose per la sicurezza, la salute o l'ambiente. La Corte, in Grande Sezione, ha chiarito che lo Stato di approdo, pur potendo tenere conto del fatto che navi classificate e certificate come navi da carico da parte dello Stato di bandiera siano, in pratica, utilizzate per un'attività sistematica di ricerca e soccorso di persone in pericolo o in difficoltà in mare, non può imporre che venga provato che tali navi dispongono di certificati diversi da quelli rilasciati dallo Stato di bandiera o che esse rispettano tutte le prescrizioni applicabili a una diversa classificazione. Non può neppure subordinare il mancato fermo di tali navi o la revoca di siffatto fermo alla condizione che queste ultime dispongano di certificati idonei a tale attività e rispettino tutte le prescrizioni corrispondenti. Inoltre, può imporre azioni correttive determinate in materia di sicurezza, di prevenzione dell'inquinamento, nonché di condizioni di vita e di lavoro a bordo, ma solo qualora siano giustificate dall'esistenza di carenze che rappresentano un evidente pericolo per la sicurezza, la salute o l'ambiente e che comportano l'impossibilità di navigare in condizioni idonee a garantire la sicurezza in mare. Tali azioni devono altresì essere adeguate, necessarie e proporzionate a tal fine e la loro adozione ed attuazione devono essere oggetto di una leale cooperazione con lo Stato di bandiera, nel rispetto dei poteri rispettivi di tali due Stati. Per un'analisi della pronuncia, si veda L. PALADINI, *La Corte di giustizia dell'UE e l'obbligo internazionale di soccorso in mare: sul caso del fermo delle navi della Sea Watch*, in *DPCE online*, n. 3, 2022, p. 1683 ss.; E. PAPASTAVRIDIS, *Sea Watch cases before the EU Court of Justice: An analysis of International Law of the Sea*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 12 December 2022; I. PAPANICOLOPULU, G. LOSI, *La Sea Watch davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea: rapporti tra fonti, rapporti tra Stati e regolazione (indiretta) delle attività di soccorso in mare*, in *DIC*, n. 1, 2023, p. 235 ss.

In proposito, si pensi ai provvedimenti italiani che hanno alimentato la c.d. *politica dei porti chiusi* avviata nel 2018 – caratterizzata dalle lunghe attese cui erano costrette le navi umanitarie prima di poter attraccare in Italia⁴⁰ – poi consolidatasi con l’emanazione del D.L. n. 53/2019⁴¹, che ha rappresentato la specifica base giuridica per l’adozione di misure limitative del diritto di accesso ai porti italiani, prevedendo un potere di interdizione all’ingresso di navi civili in capo al Ministro dell’interno.

Tutte misure, queste, che, come è evidente, rappresentano un forte disincentivo per l’attività umanitaria portata avanti dalle ONG impegnate nel Mediterraneo centrale, creando, peraltro, indirettamente, un rilevante rischio di violazioni di diritti umani fondamentali.

5. *Prospettive future*

Come si è cercato di evidenziare, il ruolo assunto dalle ONG nell’ambito delle operazioni di ricerca e soccorso in mare è divenuto essenziale nell’ottica di assicurare il salvataggio di migliaia di vite.

Tuttavia, le lacune del quadro giuridico attualmente applicabile sono ancora rilevanti: manca una regolamentazione chiara dello sbarco delle persone soccorse; non c’è coordinamento tra le norme della Convenzione SOLAS e della Convenzione SAR con il divieto di respingimento; le norme sull’obbligo di soccorso in mare non tengono conto del fatto che l’attività svolta dalle navi delle ONG non è occasionale, ma è continuativa e finisce per addossarsi la responsabilità di garantire la sicurezza in mare, che, invece, dovrebbero essere gli Stati stessi a garantire; le norme attuali non aiutano a trarre il massimo beneficio dai mezzi offerti dalle ONG, ma, al contrario, ne ostacolano l’operato attraverso diverse misure che, indirettamente, mettono a rischio la tutela di diritti fondamentali, tra cui il diritto al *non refoulement* e il diritto di asilo.

⁴⁰ Sul tema, si vedano: A. M. PELLICONI, M. GOLDONI, *La banalità dei porti chiusi per decreto. Osservazioni sui profili di legittimità del decreto interministeriale 150/2020*, in *DIC*, n. 2, 2020, p. 219 ss.; S. ZIRULIA, *Dai porti chiusi ai porti socchiusi: nuove sanzioni per le navi soccorritrici nel Decreto Lamorgese*, in *ADiM Blog*, marzo 2021; C. FAVILLI, *op. cit.*; G. LICASTRO, *L’Italia chiude i porti alle navi delle ONG*, in *DPCE online*, n. 4, 2022, p. 2373 ss.; L. MASERA, *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in *La legislazione penale*, n. 4, 2022, p. 1 ss.; F. R. PARTIPILO, *La chiusura dei porti alle navi umanitarie nel diritto internazionale: diritti ed obblighi di Stati e capitani*, in *Sistema Penale*, 9 novembre 2022.

⁴¹ Cfr. D.L. n. 53, del 14 giugno 2019, convertito nella L. n. 77 dell’8 agosto 2019.

Quanto al contesto giuridico europeo, poi, i profili che meriterebbero un intervento da parte dell'Unione sono diversi.

Sarebbe auspicabile, innanzitutto, l'adozione di norme specifiche per la solidarietà tra gli Stati membri, in particolare tra gli Stati membri di bandiera e quelli costieri, e, quindi, un approccio maggiormente proattivo e coordinato dell'Unione in materia di SAR, che assicuri la corretta attuazione degli obblighi previsti dal diritto internazionale.

Sarebbe poi altrettanto necessario realizzare un'effettiva cooperazione tra i soggetti privati che possiedono o gestiscono imbarcazioni per svolgere attività di ricerca e soccorso in mare, e le autorità degli Stati costieri, soprattutto al fine di assicurare determinati standard di sicurezza nell'interesse di tutte le persone soccorse⁴².

Ciò emerge, in particolare, nella raccomandazione della Commissione 2020/1365 del 23 settembre 2020⁴³, con la quale gli Stati membri sono stati invitati a promuovere una cooperazione costruttiva con le navi possedute o gestite da soggetti privati a fini di attività di ricerca e soccorso, al fine di «tutelare la sicurezza della navigazione e garantire un'efficace gestione della migrazione nel rispetto dei pertinenti obblighi giuridici».

Inoltre, come evidenziato dal Parlamento europeo nella risoluzione del

⁴² In questo senso, la creazione del Gruppo di contatto SAR, istituito il 21 dicembre 2020 al fine di migliorare la cooperazione e lo scambio di informazioni tra gli Stati membri, nonché con altre parti interessate, è certamente un primo passo. L'obiettivo è quello di stabilire un quadro di cooperazione più coordinato e strutturato a livello dell'UE per garantire una risposta rapida in caso di eventi in mare, mantenere la sicurezza della navigazione e assicurare una gestione efficace della migrazione. Tuttavia, si vedano le considerazioni critiche di ECRE (European Council on Refugees and Exiles), *Editorial: SAR Draft Roadmap – State Responsibility Absent*, 2 June 2023, in merito al documento prodotto dal Gruppo di contatto SAR, che dovrebbe predisporre «the main steps needed towards establishing a European Framework for Operational Cooperation on SAR in the Mediterranean Sea». Per consultare il documento, è possibile utilizzare il seguente link: www.statewatch.org/media/3903/eu-com-sar-roadmap-plan.pdf

⁴³ Raccomandazione (UE) 2020/1365 della Commissione, del 23 settembre 2020, sulla cooperazione tra gli Stati membri riguardo alle operazioni condotte da navi possedute o gestite da soggetti privati a fini di attività di ricerca e soccorso. Come si legge nella raccomandazione, la Commissione chiede agli Stati membri di cooperare con i soggetti privati che effettuano operazioni SAR nel Mediterraneo attraverso due distinte modalità: *i*) assicurando un interscambio regolare e tempestivo di informazioni sulle navi che partecipano segnatamente alle operazioni di soccorso e sui soggetti che le gestiscono o ne sono proprietari tra gli Stati membri di bandiera e quelli costieri; *ii*) garantendo un collegamento tra Stati membri, Commissione e i soggetti privati che possiedono o gestiscono navi ai fini dello svolgimento di attività di ricerca e soccorso attraverso il gruppo di contatto della Commissione.

13 luglio 2023⁴⁴, occorrerebbe «valutare le prassi correnti degli Stati membri in materia di operazioni SAR e (...) avviare immediatamente i lavori per un nuovo approccio più sostenibile, affidabile e permanente a tali operazioni, che sostituisca le soluzioni *ad hoc* esistenti, nonché (...) fornire sostegno materiale, finanziario e operativo agli Stati membri al fine di accrescere la capacità complessiva di salvare vite in mare e coordinare le operazioni SAR»⁴⁵. Rilevante è poi il richiamo dell'esigenza di istituire una missione globale SAR dell'UE la cui attuazione sia affidata alle autorità competenti degli Stati membri e a all'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex)⁴⁶.

Di tutto ciò, invero, nel nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo, non v'è traccia. Piuttosto, come è stato evidenziato in dottrina⁴⁷, nel pacchetto di riforme proposte dalla Commissione a settembre 2020, le operazioni SAR vengono concepite come una misura eccezionale a fronte della regola generale rappresentata dalla predisposizione di misure atte al contenimento dei flussi, e gli attraversamenti non autorizzati come un rischio da evitare il più possibile.

L'unico riferimento alle attività SAR nell'ambito del Patto sulla migrazione e l'asilo si rinviene nella comunicazione C/2020/6470⁴⁸, con la quale

⁴⁴ Risoluzione del Parlamento europeo, del 13 luglio 2023, sulla necessità di un intervento dell'UE nelle operazioni di ricerca e soccorso nel Mediterraneo (2023/2787(RSP). La risoluzione è stata adottata a seguito del naufragio del 14 giugno 2023 (richiamato nella risoluzione stessa al punto 1) in cui un peschereccio è affondato nel Mar Ionio al largo delle coste di Pylos, nella regione di Messenia, in Grecia, con circa 750 persone a bordo, 104 delle quali sono state soccorse, mentre di altre 82 è stato recuperato il corpo e le restanti sono scomparse, presumibilmente morte.

⁴⁵ *Ibidem*, punto 3.

⁴⁶ *Ibidem*, punto 4.

⁴⁷ Cfr. V. MORENO-LAX, *A New Common European Approach to Search and Rescue? Entrenching Proactive Containment*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2021, cui si rimanda per un'analisi approfondita delle proposte contenute nel nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo in tema di approccio europeo alle operazioni di *search and rescue*. Inoltre, come fa notare M. STARITA, *Search and Rescue operations under the New Pact on Asylum and Migration*, in *SidiBlog*, 8 November 2020, nella raccomandazione sulla cooperazione tra gli Stati membri in merito alle operazioni di salvataggio condotte da imbarcazioni private, già citata, la Commissione mette in guardia dal rischio che «le reti responsabili del traffico di migranti o della tratta di esseri umani, comprese le organizzazioni criminali dedite alla tratta o a forme di sfruttamento analoghe alla schiavitù, approfittino delle operazioni di soccorso svolte da imbarcazioni private nel Mediterraneo».

⁴⁸ Comunicazione della Commissione, Orientamenti della Commissione sull'attuazione delle norme dell'UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'in-

la Commissione ha richiamato nuovamente l'attenzione sulla lotta al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, evidenziando la necessità che «l'assistenza umanitaria obbligatoria per legge non p[ossa] e non de[bba] essere qualificata come reato» e ritenendo in contrasto con il diritto UE qualsiasi forma di criminalizzazione delle organizzazioni non governative o di altri attori non statali che svolgono operazioni di ricerca e soccorso.

Ed infatti l'unica proposta di riforma sino ad oggi avanzata – la proposta di riforma della direttiva 2002/90, avanzata dalla Commissione il 28 novembre 2023⁴⁹ – ha riguardato, ancora una volta, la lotta e la prevenzione contro il traffico dei migranti. Una proposta che, peraltro, non sembra incidere sul carattere facoltativo dell'esenzione dalle sanzioni per le azioni condotte per motivi umanitari – già presente nella direttiva del 2002 – lasciando così irrisolto, nei fatti, il problema della criminalizzazione dell'attività di ricerca e salvataggio svolta dagli attori privati.

6. Conclusioni

Nel presente contributo si è cercato di evidenziare come la comparsa delle ONG nel Mar Mediterraneo e le operazioni di ricerca e salvataggio condotte da tali operatori privati rappresentino una risposta essenziale ad una situazione di crisi umanitaria che dura da almeno dieci anni e che non sembra trovare una soluzione.

L'attuale contesto europeo è ormai da tempo caratterizzato da una forte ambivalenza, che vede, da un lato, una realtà che preme verso l'incremen-

gresso, del transito e del soggiorno illegali (2020/C 323/01), C/2020/6470, citata. *In senso critico, si veda A. PITRONE, La questione irrisolta del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali degli stranieri*, in *I Post di AISDUE*, n. 3, 2020, p. 29 ss., che evidenzia la scarsa incisività della proposta di riforma in tema di configurazione della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione illegale a seguito di operazioni di salvataggio in mare e/o nell'attività di assistenza umanitaria a favore delle persone in attesa di ottenere la protezione internazionale.

⁴⁹ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole minime per la prevenzione e il contrasto del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali nell'Unione e che sostituisce la direttiva 2002/90/CE del Consiglio e la decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio (COM (2023) 755final). La proposta è accompagnata da una proposta di regolamento della Commissione, che rafforza la cooperazione di polizia e i poteri di Europol nel settore del traffico di migranti e della tratta di essere umani, in particolare codificando l'istituzione del Centro europeo contro il traffico di migranti presso Europol e rafforzandone i poteri (COM (2023) 754final).

to di operazioni di soccorso a beneficio di migranti in pericolo di vita in alto mare, e dall'altro, un contesto normativo ambiguo, che non consente di chiarire lo spazio e i limiti dell'assistenza umanitaria.

Nonostante ciò, gli sforzi dell'Unione europea continuano a concentrarsi esclusivamente sulla gestione dei flussi migratori in un'ottica di securizzazione delle frontiere, mentre il problema della gestione e del coordinamento delle operazioni SAR rimane sullo sfondo.

L'unico auspicio è che le istituzioni adottino presto un cambio di rotta – magari incentivato dagli stessi operatori privati impegnati in prima linea, ovvero dalle giurisdizioni, sia a livello europeo, che nazionale – che porti all'adozione di misure in grado di limitare effettivamente l'incremento delle perdite di vite umane tra i migranti che cercano di attraversare il Mediterraneo.

Abstract (ita)

Il presente contributo mira a ricostruire il ruolo delle ONG nelle operazioni di ricerca e salvataggio delle persone in pericolo in mare nel contesto della crisi migratoria attualmente in atto. Si cercherà di evidenziare le lacune del contesto giuridico europeo e le modalità con cui gli Stati ostacolano lo svolgimento di attività SAR da parte degli attori privati, pur in presenza di norme internazionali che invece ne legittimano l'operato. Partendo dalla constatazione del perdurante disinteresse della politica europea rispetto ad una efficace gestione del fenomeno, una delimitazione delle prospettive future consentirà di prendere atto della necessità di un coordinamento a livello europeo.

Abstract (eng)

The article aims to describe the role of NGOs in search and rescue operations for people in distress at sea in the context of the current migration crisis. It will highlight the gaps of the European legal framework and how the member States oppose the SAR activities conducted by private actors. Starting with the lack of interest shown by EU policymakers in order to manage the situation effectively, the delineation of future perspectives will allow to understand the need for coordination at European level.

Introduzione alla seconda Sessione Il Piano d'azione per il Mediterraneo centrale

di Emanuela Pistoia

L'immigrazione via mare verso l'Unione europea ha luogo principalmente attraverso il Mediterraneo, nel quale sono individuate diverse rotte. Si distinguono grossomodo le tre rotte orientale, centrale e occidentale, ma ciascuna di queste ne comprende a sua volta varie. Fermandoci alla macrodistinzione imperniata sui tre quadranti, i dati pubblicati sul sito web del Consiglio europeo e del Consiglio dell'Unione europea, con fonte Frontex e Ministero dell'Interno spagnolo¹, mostrano la graduale ma inesorabile ascesa della rotta centrale a partire dal 2019, che è anche l'anno del suo livello minimo di sempre, dopo aver raggiunto il massimo di sempre nel 2016. Quest'ultimo resta appunto ineguagliato, nonostante la crescita degli ultimi anni. Nel rapporto con le altre rotte, i dati suddetti registrano invece un vero e proprio assottigliamento della rotta orientale – evidentemente per il maggior successo, su quel quadrante, dei tragitti via terra attraverso la penisola balcanica – fino al risultato per cui la rotta centrale è al momento di gran lunga la più corposa in termini di arrivi irregolari annui: dato, questo, riscontrabile dal 2021 e da allora in ascesa.

Come si sa, il contrasto all'immigrazione irregolare è un'assoluta priorità della politica migratoria dell'Unione. Ad essa corrisponde anche un'apposita base giuridica relativa all'adozione di atti legislativi (l'art. 79, par. 2, lett. c)). Tra gli Stati membri e nelle istituzioni dell'Unione è diffusa la convinzione che esso vada realizzato con una molteplicità di strumenti, affatto eterogenei tra loro. Per questo, nell'autunno 2022, la Commissione ha presentato un Piano d'azione per il Mediterraneo centrale, che è stato discusso nella riunione straordinaria del Consiglio affari interni del 22 novembre su iniziativa della presidenza ceca, anche con la partecipazione degli Stati associati Schengen. Il Piano d'azione è davvero articolato e in larga misura incentrato sulla prevenzione delle partenze: le venti attività che prevede spaziano da iniziative di tipo procedurale, come ad esempio l'applicazione dell'approccio *Team Europe*, il supporto di vario tipo agli Stati frontisti dalle cui coste partono le imbarcazioni, il contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione

¹ <https://www.consilium.europa.eu/it/infographics/migration-flows-to-europe> (visitato da ultimo il 24 marzo 2024).

irregolare e alla tratta degli esseri umani, l'attività extraterritoriale sul campo (della *EU Border Assistance Mission in Libya* – EUBAM, di Frontex, di *EUCAP Sabel Niger*). Tra le venti azioni comprese nel Piano vi sono anche diverse tipologie di collaborazioni collegate alle attività SAR e il rafforzamento del *Voluntary Solidarity Mechanism* messo a punto con la *Solidarity Declaration* del 22 giugno 2022.

Vista la difficoltà dei rimpatri, l'applicabilità del principio di *non-refoulement* ai migranti che giungano nel territorio di uno Stato membro e la riluttanza degli Stati non frontisti a realizzare meccanismi di solidarietà che prescindano dall'emergenza e dal consenso *ad hoc*, la prevenzione delle partenze è cruciale. A questo fine, giocano un ruolo di tutto rilievo gli accordi con gli Stati terzi attraversati dai migranti nonché, soprattutto, con gli Stati dalle cui coste questi ultimi prendono il mare: molto significativo, a questo riguardo, che nella riunione straordinaria del 22 novembre il Consiglio affari interni abbia insistito sulla piena attuazione della Dichiarazione UE-Turchia del 2016. Centrale è allora analizzare il Memorandum UE-Tunisia del 16 luglio 2023: come si ricorda nel Piano d'Azione, la Tunisia è uno dei due Stati terzi che nel 2022 ha registrato più partenze e dunque uno di quelli dei quali il Piano si propone di rafforzare la capacità di prevenzione. Tra le modalità con cui realizzare tale rafforzamento, il Piano d'azione menziona lo sviluppo di “jointly targeted actions to prevent irregular departures”, il supporto a una più efficace gestione dei confini e il rafforzamento delle capacità SAR. Infine, il Memorandum ha coerenza con il Piano d'azione poiché la sua stipulazione è avvenuta sotto l'egida del *Team Europe*.

La decisione – che pare addirittura spregiudicatezza – con cui l'Unione si spende per la prevenzione dell'immigrazione irregolare solleva dubbi addirittura sotto il profilo della coerenza con i valori dell'Unione. Il miglioramento degli strumenti deputati al contrasto della tratta degli esseri umani vale per così dire a tentare un riequilibrio a favore dei valori in questione. Il Piano di azione si occupa del contrasto alla tratta riguardo a un nuovo programma regionale da attuare nell'Africa settentrionale. Non meno importante è però l'aspetto normativo del miglioramento della direttiva che realizza il ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia, con base giuridica nell'art. 83, par. 1 TFUE. Peraltro, tale miglioramento riguarda solo in parte la definizione del relativo reato. Rilievo forse anche maggiore ha la prevenzione e la tutela delle vittime.

Nel Piano di azione è infine molto debole il capitolo sulle vie di migrazione legale. Siccome chi cerca una vita migliore tende a realizzare il proprio progetto migratorio con qualunque mezzo, queste vie sono invece strategi-

che per contenere l'immigrazione irregolare. Quelle attuabili nel Mediterraneo centrale vanno dunque indagate, per comprenderne i nodi giuridici e le prospettive.

IL MEMORANDUM OF UNDERSTANDING UE-TUNISIA:
PROFILI GIURIDICI E IMPATTO SUI DIRITTI UMANI

Francesco Battaglia*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Brevi riflessioni sul c.d. *Team Europe* quale soggetto che ha condotto il negoziato per conto dell’Unione. – 3. La natura giuridica del *Memorandum of understanding*. – 4. Gli strumenti informali dell’Unione europea in materia di gestione dei flussi migratori. – 5. La procedura di adozione del *Memorandum* da parte dell’Unione alla luce del principio dell’equilibrio istituzionale. – 6. Il contenuto e gli effetti del *Memorandum*. – 7. L’impatto sui diritti umani dell’intesa UE-Tunisia e l’iniziativa del Mediatore europeo. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Il 16 luglio 2023 il Commissario europeo all’allargamento e alla politica di vicinato, Olivér Várhelyi, ha sottoscritto, per conto dell’Unione europea, il *Memorandum of understanding* (di seguito MoU) per un partenariato strategico e globale con la Tunisia, rappresentata in quell’occasione da Mounir Ben Rjiba, Segretario di Stato presso il Ministero degli affari esteri e della migrazione¹. Tale atto ha dato seguito alla dichiarazione dell’11 giugno 2023, con la quale la Presidente della Commissione europea, Ursula von der Leyen, aveva annunciato l’avvio di negoziati tra l’Unione e la Tunisia², nonché alle conclusioni del Consiglio europeo del 29 e 30 giugno 2023, in cui quest’ultimo comunicava di aver tenuto una discussione strategica sulle relazioni esterne dell’Unione, nell’ambito della quale era stato espresso apprezzamento per “i lavori svolti su un pacchetto di partenariato globale

*Professore associato di diritto dell’Unione europea, Università di Roma “La Sapienza”. L’articolo rappresenta una versione rielaborata ed ampliata della relazione tenuta nel corso del seminario “I flussi migratori via mare e il diritto dell’Unione europea”, organizzato il 13 ottobre 2023 presso l’Università di Roma “La Sapienza”, nell’ambito del Forum “Immigrazione, Frontiere e Asilo” di AISDUE.

¹ Il testo del MoU è disponibile al seguente link: www.ec.europa.eu/com_mission/pres-corner/detail/en/IP_23_3887.

² Dichiarazione alla stampa della Presidente von der Leyen con il Primo ministro italiano Meloni, il Primo ministro olandese Rutte e il Presidente tunisino Saied, 11 giugno 2023 (disponibile online su www.italy.representation.ec.europa.eu/notizie-ed-eventi/notizie/dichiarazione-alla-stampa-della-presidente-von-der-leyen-con-il-primo-ministro-italiano-meloni-il-2023-06-11).

reciprocamente vantaggioso con la Tunisia, basato sui pilastri dello sviluppo economico, degli investimenti e del commercio, della transizione verso un'energia verde, della migrazione e dei contatti interpersonali³.

Si tratta di uno strumento di ampio respiro, che non riguarda esclusivamente la materia migratoria, ma che, attraverso un approccio olistico, ormai consolidato a livello di Unione europea, raggruppa diverse politiche, al fine di affrontare le cause profonde della migrazione irregolare negli Stati di origine e di transito. In altre parole, l'Unione si impegna a potenziare gli incentivi di tipo economico nei confronti dei Paesi di origine e di transito dei flussi migratori irregolari, i quali, dal canto loro, si impegnano a collaborare in maniera attiva nella gestione dei flussi stessi⁴. In tal senso, il MoU, secondo quanto affermato dalla Presidente von der Leyen nel discorso sullo stato dell'Unione del 13 settembre 2023, comportando vantaggi reciproci, che vanno al di là della tematica delle migrazioni, dovrebbe costituire un modello da riproporre anche nelle relazioni con altri Paesi⁵.

Sotto un profilo politico, il rafforzamento dei reciproci rapporti di partenariato costituisce un obiettivo di importanza strategica sia per l'Unione europea che per la Tunisia. Dal punto di vista dell'Unione, infatti, la Tunisia è un *partner* fondamentale, perché è uno dei principali Paesi di origine e di transito dei flussi migratori irregolari verso l'Europa. Dal versante tunisino, invece, giova ricordare come tale Paese stia attraversando un periodo di parziale isolamento a livello internazionale, che ha portato ad una sostanziale riduzione dei finanziamenti da parte della comunità internazionale e, in particolare, dal Fondo monetario internazionale (FMI), il quale ha condizionato la concessione di ingenti prestiti, pari a 1,9 miliardi di euro, all'adozione di una serie di riforme a livello nazionale⁶, che in questo momento non sembrano di prossima attuazione. In quest'ottica, il rilancio delle relazioni con l'Unione permetterebbe allo Stato nordafricano, da un lato, di ottenere fondi utili ad alleviare le gravi difficoltà finanziarie presenti nel Paese e, dall'altro

³ Conclusioni del Consiglio europeo, del 29 e 30 giugno 2023, EUCO 7/23, punto 37.

⁴ In tal senso, è stato sottolineato come la cooperazione con gli Stati terzi, volta a limitare i flussi verso i Paesi dell'Unione, sia probabilmente l'unico aspetto della politica migratoria relativamente al quale gli Stati membri sono realmente coesi (cfr. C. FAVILLI, *Nel mondo dei "non accordi". Protetti sì, purché altrove*, in *Questione giustizia*, n. 1, 2020, pp. 143-154).

⁵ Il discorso sullo stato dell'Unione 2023 è disponibile su www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_23_4426.

⁶ Cfr. A. VITERBO, *La Tunisia tra due fuochi: la condizionalità del Fondo monetario internazionale e un debito sovrano insostenibile*, in *SIDIBlog*, 19 giugno 2023 (disponibile online su www.sidiblog.org/2023/06/19/la-tunisia-tra-due-fuochi-la-condizionalita-del-fondo-monetario-internazionale-e-un-debito-sovrano-insostenibile/).

lato, a guadagnare fiducia e credibilità a livello internazionale, contribuendo anche a riattivare il dialogo con il FMI.

Sul piano giuridico, tuttavia, il MoU, oltre a sollevare una serie di interrogativi in merito alla sua natura e alla legittimità della procedura di adozione, desta preoccupazione relativamente alle conseguenze negative che può comportare in materia di tutela dei diritti umani. In merito a quest'ultimo profilo, d'altronde, vale la pena di ricordare che da diverso tempo il Parlamento europeo richiama l'attenzione delle altre istituzioni sulla tenuta dello stato di diritto alla luce delle politiche del Presidente Kais Saied, soprattutto dopo che quest'ultimo, il 25 luglio 2021, ha invocato l'art. 80 della Costituzione tunisina per giustificare l'adozione di misure eccezionali per far fronte a un pericolo imminente per lo Stato, concretizzatesi sia nella destituzione dell'allora Primo ministro Hicheim Mechichi sia nella sospensione dell'attività parlamentare⁷, inizialmente per un periodo di 30 giorni e successivamente prorogata fino a dicembre 2022, quando, dopo la riforma costituzionale, si sono tenute le nuove elezioni, invero poco partecipate⁸. In particolare, per quanto concerne la politica migratoria, il Parlamento europeo, a marzo 2023, dopo aver esortato l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e gli Stati membri a denunciare pubblicamente il drastico peggioramento della situazione in Tunisia e aver sottolineato l'importanza di sospendere i programmi specifici dell'Unione ai ministeri della Giustizia e degli Affari interni, ha condannato "fermamente la retorica razzista del presidente Saied contro i migranti subsahariani e le successive aggressioni"⁹.

Alla luce di quanto osservato, nella prima parte del presente lavoro ci si concentrerà sulle questioni procedurali relative alla negoziazione e all'adozione del MoU. In tal senso, saranno presi in esame tre aspetti principali: la definizione del c.d. *Team Europe*, comunemente rappresentato come la

⁷ Risoluzione del Parlamento europeo, del 21 ottobre 2021, sulla situazione in Tunisia 2021/2903(RSP).

⁸ Sulla vicenda, cfr. M. SAVINA, *Elezioni in Tunisia: il popolo si astiene*, in *Geopolitica.info*, 21 dicembre 2022 (disponibile online su www.geopolitica.info/elezioni-tunisia-astensione-popolo/).

⁹ Risoluzione del Parlamento europeo, del 16 marzo 2023, sulla Tunisia: recenti attacchi alla libertà di espressione e di associazione e ai sindacati, in particolare il caso del giornalista Nouredine Boutar (2023/2588(RSP)). Alla luce di ciò, non stupiscono le critiche di parte dei membri del Parlamento europeo dopo la conclusione del MoU (al riguardo cfr. B. FOX, *MEPs slam EU over 'grave' human rights abuses following Tunisia migrant deal*, in *Euractiv*, 28 July 2023, disponibile online su www.euractiv.com/section/migration/news/meps-slam-eu-over-grave-human-rights-abuses-following-tunisia-migrant-deal/).

squadra che ha negoziato con il governo tunisino per conto dell'Unione; la natura giuridica del MoU, poiché questo è un elemento essenziale per valutare se e come l'Unione poteva agire ai sensi dei trattati; la capacità dell'Unione di concludere c.d. accordi non vincolanti ai sensi dei trattati. Nella seconda parte, invece, sarà analizzato il contenuto del MoU, al fine di riflettere sugli effetti da esso prodotti, soprattutto in termini di tutela dei diritti umani.

2. Come detto, il primo punto su cui occorre riflettere è la natura giuridica del c.d. *Team Europe*, comunemente inteso come la squadra negoziale che ha trattato, per conto dell'Unione, con il presidente tunisino la conclusione dell'intesa in parola¹⁰.

Una simile rappresentazione del *Team Europe* è stata promossa dalla stessa Presidente della Commissione europea, la quale, in apertura della conferenza stampa dell'11 giugno 2023, ha affermato “we are here as team Europe”¹¹, indicando i due capi di governo che la accompagnavano (ovvero, il Presidente del Consiglio dei ministri italiano, Giorgia Meloni, e il Premier olandese Mark Rutte).

¹⁰ Già nei primi commenti di dottrina, si fa riferimento al MoU come ad un'intesa conclusa dal *Team Europe*, il quale sarebbe costituito dalla Presidente della Commissione europea, dal Presidente del Consiglio dei ministri italiano, Giorgia Meloni, e dal Premier olandese Mark Rutte. Cfr., ad esempio, F. PERRINI, *Post scriptum sul negoziato del Team Europa con la Tunisia: la firma del memorandum di intesa*, in *SidiBlog*, 24 luglio 2023 (disponibile online su www.sidiblog.org/2023/07/24/post-scriptum-sul-negoziato-del-team-europa-con-la-tunisia-la-firma-del-memorandum-di-intesa/); K. NATTER, *Reinventing a broken wheel: What the EU-Tunisia deal reveals about Europe's migration cooperation*, in *verfassungsblog.de*, 5 September 2023 (disponibile online su www.verfassungsblog.de/reinventing-a-broken-wheel/); A. PIJNENBURG, *Team Europe's Deal. What's Wrong with the EU-Tunisia Migration Agreement?*, in *verfassungsblog.de*, 21 August 2023 (disponibile online su www.verfassungsblog.de/team-europes-deal/).

¹¹ Il video della conferenza è disponibile su www.italy.representation.ec.europa.eu/notizie-ed-eventi/notizie/dichiarazione-alla-stampa-della-presidente-von-der-leyen-con-il-primo-ministro-italiano-meloni-il-2023-06-11_it. In termini simili, nel comunicato pubblicato, il 16 luglio successivo, dalla Direzione generale per la Politica di vicinato e l'allargamento si afferma “today, the President of the European Commission Ursula von der Leyen, the Italian Prime Minister Giorgia Meloni and the Dutch Prime Minister Mark Rutte, in a Team Europe spirit, alongside the President of Tunisia, Kaïs Saïed have agreed to implement the comprehensive partnership package announced jointly on 11 June 2023” (Directorate-General for Neighbourhood and Enlargement Negotiations, *The European Union and Tunisia: political agreement on a comprehensive partnership package*, 16 July 2023)

A tal riguardo, occorre precisare che il c.d. *Team Europe* non è un organo materialmente esistente, ma si tratta di una nozione utilizzata per la prima volta durante la pandemia da COVID-19 ed intesa a rafforzare l'impegno dell'Unione e dei Paesi membri a lavorare meglio insieme¹². In altre parole, il *Team Europe*, o più propriamente *Team Europe Approach*, rappresenta un modello d'azione attraverso il quale gli Stati membri e l'Unione, al fine di investire in maniera quanto più efficace possibile le risorse a loro disposizione, avrebbero coordinato le rispettive misure in risposta alla crisi sanitaria¹³. L'idea di *Team Europe Approach* ha trovato concreta applicazione nelle *Team Europe Initiatives*, che, in maniera simile alle *Programming Initiatives*, consistono in interventi coordinati per individuare e affrontare i fattori primari che limitano lo sviluppo in un paese o in una regione.

Gradualmente, il modello *Team Europe* è stato esteso ad altri settori di competenza dell'Unione, in particolare alla gestione dei flussi migratori. In tal senso, nella dichiarazione del 31 agosto 2021 sulla situazione in Afghanistan è stato affermato dal Consiglio che in tale Paese si sarebbe dovuto adottare un "approccio Team Europa per collaborare con i paesi vicini all'Afghanistan, allo scopo di affrontare l'impatto degli sfollamenti nella regione"¹⁴. Di conseguenza, la Commissione è stata esortata a valutare tutte le opzioni previste nell'ambito del quadro finanziario pluriennale per la necessaria assistenza finanziaria, in particolare con lo strumento di vicinato (NDICI)¹⁵ e gli strumenti per l'asilo, la migrazione e la gestione delle frontiere. Successivamente, nel Consiglio europeo del 24 e 25 giugno 2021 è stato sottolineato che, per prevenire le perdite di vite umane e per ridurre la pressione migratoria ai confini europei, si sarebbe dovuta rafforzare la cooperazione con i Paesi di origine e di transito, attraverso un approccio pragmatico, flessibile e su misura, utilizzando in modo coordinato, come

¹² Commissione europea, comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Comunicazione sulla risposta globale dell'UE alla pandemia di COVID-19, 8 aprile 2020, JOIN (2020) 11final.

¹³ Cfr. N. KEIJZER, A. BURNI, B. ERFORTH, I. FRIESEN, *The Rise of the Team Europe Approach in EU Development Cooperation. Assessing a Moving Target*, Bonn, 2021.

¹⁴ Consiglio "Giustizia e affari interni", del 31 agosto 2021, dichiarazione sulla situazione in Afghanistan (disponibile online su www.consilium.europa.eu/it/meetings/jha/2021/08/31/).

¹⁵ Regolamento (UE) 2021/947 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 giugno 2021, che istituisce lo strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale – Europa globale.

Team Europe, tutti gli strumenti e gli incentivi disponibili dell'Unione¹⁶. Successivamente, il concetto di *Team Europe* è diventato di uso comune in altri settori¹⁷.

Quanto finora osservato assume un rilievo sostanziale sotto il profilo giuridico, vista l'importanza del principio di trasparenza al fine di promuovere la democraticità dell'ordinamento dell'Unione europea. Invero, offrire ai cittadini una corretta rappresentazione degli atti adottati dall'Unione contribuisce a promuovere un'adeguata applicazione del principio di trasparenza e a legittimare gli atti adottati dalle istituzioni. Tra l'altro, come rilevato dalla Mediatrice europea, Emily O'Reilly, "who is responsible for the agreement in question and who can be held to account for its compliance with the law and with fundamental rights obligations is of great importance"¹⁸. Fare chiarezza sull'imputabilità di un atto, in altre parole, è necessario non solo per motivi di precisione delle informazioni divulgate, ma anche per ragioni di *accountability*, dove con questo termine si indica un meccanismo attraverso il quale si vuole garantire che chi esercita funzioni pubbliche spieghi e giustifichi il modo in cui le svolge, anche per evitare condotte arbitrarie¹⁹.

La questione, ad esempio, è emersa relativamente alla pubblicazione dello *Statement* Unione europea-Turchia sul sito *internet* del Consiglio e del Consiglio europeo. In quell'occasione, infatti, la Mediatrice, dopo la nota ordinanza con cui il Tribunale aveva stabilito che la dichiarazione in parola non costituisce un atto adottato dal Consiglio europeo, né da altra istituzione, organo o organismo dell'Unione, aveva criticato il fatto che

¹⁶ Conclusioni del Consiglio europeo, del 24 e 25 giugno 2021, EUCO 7/21.

¹⁷ Si vedano, ad esempio, le conclusioni del Consiglio Affari esteri, del 26 giugno 2023, sulla diplomazia digitale dell'Unione, in cui si afferma che, per portare la sua diplomazia digitale al livello successivo, l'UE deve agire nell'ambito di un approccio "Team Europe", proteggendo congiuntamente i suoi interessi strategici e promuovendo il proprio approccio antropocentrico alla transizione digitale.

¹⁸ Letter from the Ombudsman's Secretary-General to the Secretary-General of the Council concerning information provided by the Council to the public in relation to what is commonly referred to as the "EU-Turkey statement" (SI/4/2017/EA), 12 June 2017.

¹⁹ N. YANG, *Non-binding love letters between independence and accountability: The arrangements of 5 June 2023 between the European Central Bank (ECB) and the European Parliament (EP)*, in *eulawlive.com*, 18 September 2023 (disponibile online su www.eulawlive.com/op-ed-non-binding-love-letters-between-independence-and-accountability-the-arrangements-of-5-june-2023-between-the-european-central-bank-ecb-and-the-european-parliament-ep-by-n/).

il testo dello *Statement* figurasse ancora nel sito del Consiglio europeo e del Consiglio, all'interno di un comunicato stampa che utilizzava una terminologia ambigua, tale da creare confusione circa l'imputabilità dell'atto. Pertanto, aveva invitato il Consiglio europeo ad intervenire per risolvere l'ambiguità. A fronte di tale raccomandazione, però, l'istituzione europea ha risposto che, benché fosse consapevole dell'importanza di fornire ai cittadini informazioni complete, chiare e precise, non avrebbe adottato alcuna misura poiché era in attesa di conoscere la decisione che avrebbe emesso in merito la Corte di giustizia, dinnanzi alla quale erano state impugnate le ordinanze del Tribunale²⁰.

Ora, la vicenda richiamata ha dei contorni e un peso specifico ben differente rispetto a quella in esame; tuttavia, il principio di base, cioè la necessità di una comunicazione chiara e precisa, nell'ottica di non creare confusione circa l'imputabilità di un atto dell'Unione, soprattutto al fine di legittimare quest'ultimo e di rafforzare la democraticità dell'ordinamento giuridico dell'Unione, può certamente essere applicato al caso in questione. In tal senso, sono comprensibili le critiche avanzate da taluni parlamentari europei, che, nei commenti a caldo pubblicati su piattaforme *social* subito dopo l'adozione del MoU, hanno contestato la legittimità del c.d. *Team Europe* e hanno sottolineato l'assenza in capo a quest'ultimo di un potere negoziale²¹, definendolo finanche un "fantasy body"²².

3. Un aspetto essenziale di cui va tenuto conto per valutare la legittimità ai sensi dei trattati UE e FUE del processo di conclusioni del MoU è quello inerente alla sua natura giuridica. A seconda che si tratti, infatti, di un accordo internazionale vincolante o di uno strumento privo di forza giuridica,

²⁰ La risposta del Consiglio europeo è disponibile al seguente link: www.ombudsman.europa.eu/en/doc/correspondence/en/83069. A tal riguardo vale la pena ricordare che il Consiglio europeo non ha ritenuto necessario prendere alcuna misura nemmeno dopo l'adozione dell'ordinanza con cui la Corte di giustizia ha ritenuto inammissibile il ricorso contro la precedente ordinanza del Tribunale (ordinanza della Corte del 12 settembre 2018, cause riunite da C-208/17 P a C-210/17 P, *NF e a. c. Consiglio europeo*).

²¹ J. LIBOREIRO, V. GENOVESE, *L'accordo Ue-Tunisia criticato pure al Parlamento europeo*, in *euronews*, 18 luglio 2023 (disponibile online su www.it.euronews.com/my-europe/2023/07/18/il-controverso-accordo-ue-tunisia-criticato-pure-al-parlamento-comunitario).

²² Si veda, in tal senso, l'intervento della parlamentare europea Sophia in 't Veld, durante il dibattito nella plenaria del 12 settembre 2023 (il *report* del dibattito è disponibile al seguente link: www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-9-2023-09-12_EN.pdf).

muta il ruolo e il coinvolgimento delle diverse istituzioni dell'Unione nella procedura seguita²³.

Naturalmente, il carattere vincolante o meno dell'atto non va desunto dalla sua denominazione, ma dal contenuto dello stesso. Solo alla luce di quest'ultimo, difatti, si può rilevare l'intenzione delle parti di vincolarsi o meno ad obblighi reciproci²⁴. Si può ricordare, al riguardo, che la Corte internazionale di giustizia (di seguito CIG) ha in più occasioni riconosciuto il carattere vincolante di atti che apparentemente non erano riconducibili alla categoria dei trattati internazionali. Ciò è avvenuto, ad esempio, nella controversia *Somalia c. Kenya*, sulla delimitazione marittima nell'Oceano Indiano, in cui la CIG ha ritenuto che il MoU concluso tra le parti costituisse un accordo vincolante, poiché conteneva una serie di elementi chiari in tal senso, in primo luogo il riferimento alla data di entrata in vigore, che secondo l'art. 12 sarebbe avvenuta dopo la firma, nonché la richiesta da parte del Kenya di registrazione del MoU presso il Segretariato generale delle Nazioni Unite²⁵. La Corte di giustizia dell'Unione europea, dal canto suo, ha sempre seguito lo stesso approccio, arrivando a qualificare come accordi anche decisioni unilaterali del Consiglio, come nel caso della controversia relativa alla decisione del Consiglio sull'accesso dei pescherecci battenti bandiera bolivariana del Venezuela alla zona economica esclusiva al largo delle coste del dipartimento francese della Guyana²⁶. In quell'occasione, la Corte ha rilevato che la decisione in causa costituiva un'offerta rivolta dall'Unione, in

²³ In materia di conclusione dei trattati internazionali da parte dell'Unione, cfr. S. ADAM, *The Legal Basis of International Agreements of the European Union in the Post-Lisbon Era*, in I. GOVAERE, E. LANNON, P. VAN ELSUWEGE, S. ADAM (eds.), *The European Union in the World. Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden, 2014, pp. 65-86; E. BARONCINI, *L'Unione europea e la procedura di conclusione degli accordi internazionali dopo il trattato di Lisbona*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, pp. 5-37; M. GATTI, P. MANZINI, *External representation of the European Union in the conclusion of international agreements*, in *Common Market Law Review*, vol. 49, n. 5, 2012, pp. 1703-1734.

²⁴ Sentenza della Corte del 23 marzo 2004, causa C-233/02, *Francia c. Commissione*.

²⁵ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v Kenya)*, Preliminary Objection, Judgement, *I.C.J. Reports* 2017, p. 3.

²⁶ Decisione del Consiglio, del 16 dicembre 2011, che approva, a nome dell'Unione europea, la dichiarazione sulla concessione di possibilità di pesca nelle acque UE ai pescherecci battenti bandiera della Repubblica bolivariana del Venezuela nella zona economica esclusiva al largo delle coste della Guyana francese. La decisione, dopo la pronuncia d'annullamento della Corte è stata sostituita dalla decisione (UE) 2015/1565 del Consiglio, del 14 settembre 2015, che approva, a nome dell'Unione europea, la dichiarazione sulla concessione di possibilità di pesca nelle acque UE ai pescherecci battenti bandiera della Repubblica bolivariana del Venezuela nella zona economica esclusiva al largo delle coste della Guyana francese.

veste di Stato costiero, al Venezuela, con la quale essa proponeva a quest'ultimo, ai sensi dell'art. 62, par. 2, della Convenzione di Montego Bay, di sfruttare una parte del *surplus* delle catture ammissibili nella zona economica esclusiva della Guyana. Offerta che sarebbe stata accolta dal Venezuela, visto che quest'ultimo, conformandosi alla procedura di cui alla decisione del Consiglio, ha formalmente trasmesso all'Unione domande di autorizzazione di pesca nella detta zona economica esclusiva. In altre parole, l'offerta effettuata dall'Unione e la sua accettazione da parte del Venezuela dovevano essere "qualificate, considerate congiuntamente, come un accordo concluso da queste ultime per quanto concerne l'autorizzazione a sfruttare, alle condizioni precisate in tale medesima dichiarazione, una parte del surplus delle catture ammissibili nella zona economica esclusiva della Guyana"²⁷.

Sempre con riferimento al contenuto dell'accordo, si ritiene che qualora nell'atto internazionale di cui si tratta sia presente un riferimento esplicito all'intenzione delle parti a non obbligarsi, ad esempio una clausola in cui si afferma che le parti non intendono creare tra loro obblighi giuridici o che l'atto in questione non è soggetto al diritto internazionale, non ci si debba porre il problema della sua natura giuridica, dato che la volontà espressa dalle parti appare manifesta e ciò anche se, all'apparenza, gli Stati hanno assunto impegni precisi ed in linguaggio utilizzato nell'atto a prima vista impiega termini perentori²⁸. Naturalmente, ci si può domandare se una clausola di questo tipo, da sola, sia sufficiente a rendere non vincolanti atti che definiscono un quadro di obblighi ben precisi tra le Parti contraenti. Ad esempio, come si vedrà, alcune delle *partnership* concluse dall'Unione in materia di gestione esterna dei flussi migratori hanno la forma tipica degli accordi internazionali ed includono alcuni degli elementi chiave che, secondo quanto affermato dalla CIG, devono essere presi in considerazione nel valutare la natura giuridica di uno strumento internazionale, ma nondimeno vengono espressamente definite come atti di natura politica non vincolanti²⁹. Si tratta,

²⁷ Sentenza della Corte del 26 novembre 2014, cause riunite C-103/12 e C-165/12, *Parlamento e Commissione c. Consiglio*.

²⁸ P. GAUTIER, *Non-Binding Agreements*, in *Max Planck Encyclopedias on International Law*, 2022.

²⁹ In tal senso, si è giustamente affermato che "even though these arrangements are auto-declaratory non-binding, they affirm the commitment to readmit nationals and TCNs, and some of them even establish concrete procedures to carry out the returns, affecting legal certainty and raising major challenges for the EU legal order" (E. FERNANDO GONZALO, *The EU's Informal Readmission Agreements with Third Countries on Migration: Effectiveness over Principles?*, in *European Journal of Migration*, 2023, p. 87).

quindi, di intese che contengono una serie di obblighi stringenti, ma che, per espressa volontà delle Parti, non sono vincolanti. In casi di questo tipo, quindi, non si applica il criterio del contenuto, ma si privilegia quello risultante dalla volontà espressa delle Parti, il che in talune circostanze può pure presentare ambiguità.

Tali strumenti, in un'ottica comparativa, saranno presi in considerazione nell'esame della natura giuridica del MoU, il quale, però, già da una prima lettura, sembra discostarsi da questo modello, risultando, invece, una forma di intesa politica, tale da non produrre alcun obbligo in capo ai firmatari.

4. In termini generali, il MoU con la Tunisia si inserisce nel contesto della prassi poc'anzi richiamata, secondo cui, in materia di gestione esterna dei flussi migratori, l'Unione europea tende a privilegiare gli strumenti non vincolati agli accordi internazionali³⁰.

Invero, già l'approccio globale in materia di migrazione del 2005 sottolineava la necessità di sviluppare la politica migratoria esterna dell'Unione, creando partenariati con i Paesi terzi e affrontando in modo globale ed

³⁰ L'affermazione di tale prassi e le problematiche che ne conseguono hanno portato la dottrina a ritenere che “while, in practice, differences between international treaty law and bilateral soft law disappear, more legal challenges arise in the EU system due to bilateral soft law measures than through international agreements” (così, A. OTT, *Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges*, in *Yearbook of European Law*, 2020, p. 571). In materia, *ex multis*, cfr. E. FERNANDO-GONZALO, *The EU's Informal Readmission Agreements with Third Countries on Migration: Effectiveness over Principles?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2023, pp. 83-108; C. MILANO, *La dimensione esterna delle politiche UE di immigrazione e asilo oltre l'approccio globale e l'informalizzazione: alcune questioni giuridiche legate agli sviluppi più recenti*, in *I Post di AISDUE*, 2023, pp. 827-850; E. KASSOTI, N. IDRIZ (eds.), *The Informalisation of the EU's External Action in the Field of Migration and Asylum*, The Hague, 2022; C. MOLINARI, *Accordi di Soft Law in materia di rimpatri: carta bianca per le istituzioni?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2022, pp. 50-73; R. A. WESSEL, *Normative transformations in EU external relations: the phenomenon of 'soft' international agreements*, in *Western European Politics*, vol. 44, n. 1, 2021, pp. 72-92; S. POLI, *“Flexible” cooperation between the European Union and third countries to contain migration flows and the uncertainties of “compensation measures”: the case of the resettlement of refugees in EU Member States*, in *DPCE online*, n. 4, 2020, pp. 5272-5299; C. FAVILLI, *op. cit.*; V. ZAMBRANO, *Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell'Unione europea e dell'Italia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1, 2019, pp. 119-148; P. G. ANDRADE, *The Distribution of Powers Between EU Institutions for Conducting External Affairs through Non-Binding Instruments*, in *europeanpapers.eu*, vol. 1, n. 1, 2016, pp. 115-125.

equilibrato le questioni di migrazione e mobilità, aiutando al tempo stesso i *partner* ad affrontare le loro priorità in materia di migrazione e mobilità negli opportuni contesti e quadri regionali³¹. Tale obiettivo è stato ripreso e ulteriormente approfondito nei successivi atti in materia di migrazione, compreso il Nuovo patto sull'immigrazione e l'asilo. Tuttavia, è solo con la cristallizzazione della c.d. crisi migratoria, ormai diventata la “nuova normalità”³², che si è consolidato l'utilizzo delle intese non vincolanti, caratterizzate da un elevato livello di informalità, le quali, come rilevato in dottrina, risultano vantaggiose, per diverse ragioni, sia per l'Unione che per i Paesi *partner*³³. In particolare, per quanto concerne l'Unione, il loro carattere informale consente di velocizzare la procedura di adozione, anche se ciò comporta, tra l'altro, uno scarso coinvolgimento del Parlamento europeo. È anche per questo motivo che tali accordi non vincolanti pongono numerosi problemi in merito alla loro legittimità, nonché al rispetto dei principi di trasparenza e democrazia partecipativa³⁴.

Le varie intese concluse dall'Unione europea con Paese terzi, da ultimo il MoU con la Tunisia, presentano, invero, un solo elemento in comune, cioè l'obiettivo di contenere i flussi migratori irregolari dall'esterno, ma hanno caratteristiche tra loro profondamente differenti, sia dal punto di vista sostanziale che per quanto riguarda la loro procedura di adozione³⁵.

Ad esempio, per quanto riguarda la cooperazione con l'Afghanistan, la

³¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *L'approccio globale in materia di migrazione e mobilità*, COM/2011/0743 definitivo.

³² Commission announces New Migration Partnership Framework: reinforced cooperation with third countries to better manage migration, 7 June 2016.

³³ Cfr. nota 30.

³⁴ È proprio di questi aspetti che ha cominciato ad occuparsi la Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite, che ha deciso di fare chiarezza sulla natura e gli effetti degli accordi non vincolanti, vista la loro ampia diffusione nella prassi internazionale (M. FORTEAU, *Non-Legally Binding International Agreements*, A/77/10).

³⁵ Intese, o accordi non vincolanti, sono stati conclusi con Afghanistan, Guinea, Bangladesh, Etiopia, Gambia, Costa d'Avorio. Vale la pena di ricordare che tali strumenti comportano solitamente un importante sostegno finanziario dell'Unione, che, però, giunge da una molteplicità di fonti e modalità di finanziamento, il che rende difficile una visione di insieme sull'azione dell'Unione, e che, tra l'altro, viene distribuito in maniera sbilanciata, privilegiando le misure volte a contenere le partenze, piuttosto che quelle, ad esempio, tese a rafforzare l'accesso alla migrazione legale o la protezione dei lavoratori migranti. In tal senso, cfr. Study Requested by the LIBE committee, *EU Migration and Asylum Funds for Third Countries*, 2022 (disponibile online su [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/737870/IPOL_STU\(2022\)737870_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/737870/IPOL_STU(2022)737870_EN.pdf)).

Commissione europea, nel 2016, ha firmato, previa autorizzazione del Consiglio, la *Joint Way Forward on Migration Issues between Afghanistan and the EU* (JWF), inizialmente valida per un periodo di due anni, poi prorogato, sempre previa autorizzazione del Consiglio, per altri due³⁶. Tale strumento, invero, non utilizza un approccio globale, ma è strettamente limitato a prevenire l'immigrazione irregolare e a facilitare le procedure di riammissione. Inoltre, sotto il profilo del suo contenuto, sebbene le Parti specifichino che “the JWF is not intended to create legal rights and obligations under international law” e che “It paves the way for a structural dialogue and cooperation on migration issues, based on a commitment to identify effective ways to address the need of both sides”, essa contiene al suo interno “impegni” che possono essere considerati veri e propri obblighi giuridici. Ad esempio, riprendendo l'approccio della Corte internazionale di giustizia in materia di efficacia vincolante degli accordi nella giurisprudenza sopra richiamata, si può agevolmente rilevare che l'intesa in parola contiene una disposizione sulla sua entrata in vigore e sull'ambito di applicazione temporale³⁷. Inoltre, vi figurano anche impegni assunti dalle Parti, formulati in maniera piuttosto perentoria, come quelli di cui alla parte II, in cui si afferma che “when the person to be returned has no valid passport, the Afghan competent authority will ensure that a passport or a travel document is issued *no later than four weeks* following the request made by the Member State”³⁸, oppure che l'Unione si fa carico delle spese di viaggio dei cittadini afgani rimpatriati.

Di contenuto sostanzialmente identico è la successiva *Joint Declaration on Migration Cooperation between Afghanistan and the EU*, firmata dalla Commissione il 26 aprile 2021, sempre previa autorizzazione del Consiglio. La dichiarazione contiene una novità sostanziale proprio in materia di ambito temporale di applicazione, dal momento che, ai sensi della parte VIII, la cooperazione è istituita per un periodo indefinito, a partire dal giorno della firma, e che “every year, on the date of anniversary of the signature of this declaration, and after prior consultation of the Joint Working Group,

³⁶ Si veda, Council of the European Union, Extension of the Joint Way Forward on Migration Issues between Afghanistan and the EU, 3 July 2020, in cui viene ricostruito l'ampio dibattito che il Consiglio ha tenuto prima di autorizzare la proroga dell'intesa.

³⁷ Ai sensi della parte VIII, denominata “Start of cooperation”, “Cooperation will begin on the day this declaration is signed. The declaration provides the framework for cooperation for an initial period of two years. If neither the EU nor Afghanistan announces their intention to discontinue the cooperation on the basis of this declaration thirty (30) days before the end of this period of two years, cooperation on its basis continues for another two years”.

³⁸ Corsivo aggiunto.

each party to this declaration may notify the other Party of its intention to discontinue the cooperation, in which case cooperation on the basis of this declaration will cease after three months”.

Riassumendo, quindi, la cooperazione con l’Afghanistan si caratterizza per due aspetti: *a)* una portata piuttosto ristretta, limitata alle questioni relative all’identificazione, la dotazione di documenti e il rimpatrio di persone irregolarmente giunte all’interno dell’Unione dall’Afghanistan, sul modello degli accordi di riammissione; *b)* una procedura di adozione simile a quella di cui all’art. 218, par. 6, TFUE, con l’unica eccezione del mancato coinvolgimento del Parlamento europeo, dato che la Commissione ha sempre agito soltanto previa autorizzazione del Consiglio. Lo stesso vale, sia sotto il profilo contenutistico che procedurale, per altre intese, come quella con l’Etiopia³⁹.

Risulta differente, invece, l’intesa con la Turchia, operata attraverso la conclusione del c.d. *EU-Turkey Statement*, sebbene anche l’obiettivo di fondo di quest’ultimo sia la riduzione dei flussi migratori irregolari verso l’Unione. Lo *Statement*, che anche nella recente relazione su migrazione e asilo, del 2023, viene definito come il *key framework* che governa la cooperazione tra l’Unione europea e la Turchia nel settore della migrazione⁴⁰, non è costruito sul modello degli accordi di riammissione, anche perché un accordo di questo tipo è stato concluso con la Turchia, ma, come noto, prevede un meccanismo secondo il quale tutti i migranti irregolari che avrebbero com-

³⁹ Council of the European Union, Bruxelles, 18 December 2017, Admission procedures for the return of Ethiopians from European Union Member States.

⁴⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, relazione sulla migrazione e l’asilo, 12 gennaio 2023, COM/2022/740final. Vale la pena di rilevare che anche il Parlamento europeo ha iniziato a manifestare il proprio sostegno all’intesa con la Turchia, da sempre definita dalla Commissione come un modello di cooperazione da replicare. In una recente risoluzione sui rapporti con la Turchia, ad esempio, il Parlamento, pur esprimendo profonda preoccupazione per il peggioramento nel settore della tutela dei diritti umani in Turchia ha sottolineato “l’importanza che entrambe le parti rispettino i rispettivi impegni assunti nel quadro della dichiarazione congiunta UE-Turchia del 2016 e dell’accordo di riammissione UE-Turchia nei confronti di tutti gli Stati membri, compresa la ripresa della riammissione dei migranti rimpatriati dalle isole greche, interrotta nel marzo 2020, o l’attivazione del programma volontario di ammissione umanitaria” (risoluzione del Parlamento europeo, del 7 giugno 2022, sulla relazione 2021 della Commissione sulla Turchia, P9_TA (2022) 0222. Risulta in linea con quest’approccio anche il Consiglio europeo, il quale, nella riunione del giugno 2021, ha invitato la Commissione a presentare senza indugio proposte formali per il proseguimento dei finanziamenti a favore dei rifugiati siriani e delle comunità di accoglienza in Turchia, Giordania, Libano e altre parti della regione.

più la traversata dalla Turchia alle isole greche sarebbero stati rimpatriati in Turchia e, allo stesso tempo, per ogni siriano rimpatriato in Turchia dalle isole greche un altro siriano sarebbe stato reinsediato dalla Turchia all'UE, tenendo conto dei criteri di vulnerabilità adottati in sede di Nazioni Unite. A sostegno di tale meccanismo, l'Unione si è impegnata ad accelerare ulteriormente l'erogazione dei tre miliardi di euro inizialmente assegnati nel quadro dello strumento per i rifugiati e, una volta che queste risorse fossero state quasi completamente utilizzate, a mobilitare ulteriori finanziamenti dal medesimo strumento per altri tre miliardi di euro entro la fine del 2018 a condizione che gli impegni previsti nello *Statement* fossero stati soddisfatti. La prima rata sarebbe servita a finanziare esclusivamente l'accoglienza dei rifugiati, mentre la seconda avrebbe dovuto agevolare il passaggio dal sostegno umanitario all'assistenza allo sviluppo.

Dal punto di vista procedurale, è noto che la detta dichiarazione, sebbene appaia come un atto concluso dal Consiglio europeo, è stata a più riprese ritenuta dal Tribunale come un atto imputabile agli Stati membri, che lo avrebbero adottato, nella loro veste di capi di Stato e di governo, insieme alla controparte turca, a margine di una riunione del Consiglio europeo⁴¹. In tale contesto, quindi, i continui riferimenti all'Unione nel testo della dichiarazione andrebbero intesi come un mero errore e dovrebbero essere sostituiti con "i capi di Stato e di governo degli Stati membri"⁴². Ora, sul piano procedurale, a parte le evidenti criticità della tesi sostenuta dal Tribunale, sulla quali

⁴¹ Ordinanza del Tribunale del 28 febbraio 2017, causa T-192/16, *NF c. Consiglio europeo*; ordinanza del Tribunale del 28 febbraio 2017, causa T-193/16, *NG c. Consiglio europeo*; ordinanza del Tribunale del 28 febbraio 2017, causa T-257/16, *NM c. Consiglio europeo*; ordinanza del Tribunale dell'11 dicembre 2018, causa T-834/16, *QC c. Consiglio europeo*.

⁴² Ordinanza *NF c. Consiglio europeo*, cit., punto 69: "Ciò premesso, il Tribunale considera che l'espressione 'membri del Consiglio europeo' e il termine 'UE', figuranti nella dichiarazione UE-Turchia come diffusa per mezzo del comunicato stampa n. 144/16, debbono intendersi come riferimenti ai capi di Stato o di governo dell'Unione che, come nel corso della prima e della seconda riunione dei capi di Stato o di governo del 29 novembre 2015 e del 7 marzo 2016, si sono riuniti con la loro controparte turca e hanno concordato nuove misure operative per ristabilire l'ordine pubblico, essenzialmente sul territorio greco, corrispondenti a quelle già invocate o indicate precedentemente nelle dichiarazioni pubblicate nella forma di comunicati stampa al termine della prima e della seconda riunione dei capi di Stato o di governo degli Stati membri dell'Unione con la controparte turca. Ciò è confermato dal fatto che la dichiarazione adottata al termine della seconda riunione dei capi di Stato o di governo, svoltasi il 29 novembre 2015, utilizzava ugualmente e senza variazioni il termine 'UE' e l'espressione 'dirigenti europei' per indicare i rappresentanti degli Stati membri dell'Unione, agenti in qualità di capi di Stato o di governo di tali Stati membri, durante la suddetta riunione del 29 novembre 2015, analoga a quella del 18 marzo 2016".

non è necessario aggiungere altro rispetto a quanto puntualmente rilevato in dottrina⁴³, è evidente la differenza tra lo *Statement* e gli altri accordi non vincolanti esaminati, nella misura in cui questi ultimi sono stati negoziati e adottati dalla Commissione, previa autorizzazione del Consiglio, mentre lo *Statement* a margine del Consiglio europeo. Anche da un punto di vista sostanziale sussistono chiare differenze, dato che l'intesa Unione-Turchia ha un approccio ibrido, cioè da un lato prevede precisi obblighi per contenere i flussi migratori⁴⁴, anche se si tratta di un sistema di cooperazione *ad hoc*, che non è riconducibile al tipico modello degli accordi di riammissione. Dall'altro lato, seguendo il c.d. approccio olistico, anche se in forma ridimensionata, prevede che una seconda *tranche* di finanziamenti sia destinata ad obiettivi di sviluppo del Paese, sebbene imprecisati.

Il MoU fra UE e Tunisia, peraltro, differisce dalle diverse tipologie di intese finora esaminate, sia relativamente alla sua procedura di adozione che per la portata degli impegni assunti dalle parti, mantenendo con essi soltanto, in linea di continuità, la finalità di frenare i flussi migratori irregolari

⁴³ A. POPOV, *Identification de l'auteur de l'acte attaqué et recevabilité du recours en annulation: le Tribunal de l'Union estime que la "déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016" ne saurait faire l'objet d'un recours en annulation*, in *Revue des affaires européennes*, 2017, pp. 101-105; E. CANNIZZARO, *Denialism as the Supreme Expression of Realism A Quick Comment on NF v. European Council*, in *europeanpapers.eu*, n. 2, 2017, pp. 251-257; G. CAGGIANO, *Are you Syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2017, pp. 7-25; S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, M. STEFAN, *It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal*, in *CEPS Policy Insights*, April 2017.

⁴⁴ Dal punto di vista del sistema di erogazione dei fondi, risulta ambigua la posizione del Parlamento europeo, il quale, da un lato si è dimostrato favorevole al finanziamento previsto dallo *Statement*, dall'altro lato, però, mostrando gravi preoccupazioni relativamente alla tenuta dei diritti umani in Turchia, ha chiesto che tali fondi siano direttamente erogati ai rifugiati e alle comunità d'accoglienza, ma non al governo di Ankara. Così la risoluzione del Parlamento europeo, del 7 ottobre 2021, sulla relazione di attuazione sui fondi fiduciari dell'UE e lo strumento per i rifugiati in Turchia "sottolinea che la Turchia ospita il maggior numero di rifugiati al mondo, con quasi 4 milioni di rifugiati siriani, iracheni e afgani registrati; ricorda l'importante ruolo svolto dallo strumento per i rifugiati in Turchia per quanto riguarda l'accoglienza dei rifugiati provenienti dalla Siria; chiede una valutazione approfondita dell'impatto sui diritti umani della dichiarazione UE-Turchia e sottolinea l'importanza del rispetto da parte di entrambe le parti dei diritti fondamentali nell'ambito della sua attuazione; è del parere che l'UE dovrebbe continuare a fornire il sostegno necessario ai rifugiati siriani e di altra origine e alle comunità di accoglienza in Turchia, garantendo che il governo turco non sia direttamente coinvolto nella gestione e nell'assegnazione dei fondi, i quali dovrebbero essere erogati in via principale direttamente ai rifugiati e alle comunità di accoglienza e dovrebbero essere gestiti da organizzazioni che assicurano responsabilità e trasparenza".

verso l'Unione europea. Mantenendo, quindi, il sistema seguito finora, si procederà, dapprima, ad esaminare la procedura di adozione del MoU, per affrontare, successivamente, ad indagare il contenuto del MoU, raffrontando questi due aspetti con quelli degli altri strumenti sopra richiamati.

5. Come sopra osservato, in linea generale, il MoU è riconducibile alla categoria dei c.d. accordi non vincolanti, cioè alle intese politiche concluse dalle Parti in cui sono presenti impegni, più o meno stringenti, che talvolta assumono la forma di veri e propri obblighi giuridici, e che, tendenzialmente per espressa volontà delle parti interessate, non sono vincolanti. Di conseguenza, sono strumenti che non risultano estranei alle norme del diritto internazionale dei trattati.

Senza entrare nel merito della natura di tali strumenti, ciò che rileva in questa sede è il se e il come essi possano essere conclusi dall'Unione. In tal senso, giova ricordare che le istituzioni hanno sempre difeso le proprie prerogative in materia di conclusione degli accordi, vincolanti e non vincolanti, anche davanti alla Corte di giustizia. Lo stesso MoU è stato già oggetto di alcuni contrasti tra Parlamento, Consiglio e Commissione.

In linea generale, la Corte ha stabilito che l'adozione di un atto privo di forza vincolante, laddove i trattati non contengano una disciplina in merito, richiede che sia debitamente tenuto conto della ripartizione delle competenze e dell'equilibrio istituzionale, anche alla luce delle norme dei trattati che regolano la materia di cui si occupa l'atto in questione⁴⁵. Più nello specifico, il giudice dell'Unione ha affrontato nuovamente la questione nel caso relativo al MoU firmato dalla Commissione e dalla Svizzera, con cui quest'ultima, in cambio del libero accesso al mercato interno allargato, si impegnava a fornire un contributo finanziario alla coesione economica e sociale della Croazia. Già in passato, infatti, la Svizzera aveva firmato con l'Unione altri MoU per erogare finanziamenti ai Paesi allora di nuova adesione. A differenza dei casi precedenti, però, il MoU volto ad accordare il finanziamento alla Croazia non era stato firmato dal Consiglio e dalla Commissione, ma solo da quest'ultima. Il Consiglio, in una riunione tenutasi un anno e mezzo prima della sua conclusione, aveva adottato delle conclusioni in cui, preso atto dell'auspicio della Repubblica di Croazia di beneficiare di un contributo finanziario svizzero, invitava la Commissione, in stretta cooperazione con la presidenza del Consiglio, ad avviare le discussioni neces-

⁴⁵ Sentenza della Corte del 23 marzo 2004, causa C-233/02, *Francia c. Commissione*.

sarie con il Consiglio federale svizzero ai fini del conseguimento del detto contributo in favore della Repubblica di Croazia. Tali conclusioni, secondo la Commissione, costituivano una decisione politica, presa dal Consiglio ai sensi dell'articolo 16 TUE, che autorizzava la Commissione a negoziare e firmare il MoU. A firma avvenuta, invece, il Consiglio ha contestato il fatto che questa fosse stata apposta dalla Commissione senza la sua previa approvazione e ha, pertanto, deferito la questione alla Corte⁴⁶. Quest'ultima, dopo aver ricordato che occorreva valutare la conclusione del MoU alla luce del principio di equilibrio istituzionale, ha, anzitutto, sottolineato che, in materia di relazioni esterne, l'art. 16, par. 6, terzo comma, TUE dispone che il Consiglio Affari esteri elabori l'azione esterna dell'Unione secondo le linee strategiche definite dal Consiglio europeo e assicuri la coerenza dell'azione dell'Unione, mentre l'art. 17, par. 1, TUE, dispone che la Commissione assicura la rappresentanza esterna dell'Unione. Partendo da questo presupposto, quindi, ha respinto la tesi sostenuta dalla Commissione, secondo cui la firma di un'intesa non vincolante costituisce un atto di rappresentanza esterna dell'Unione purché essa rifletta una posizione o una politica dell'Unione già fissata dal Consiglio. Secondo il giudice dell'Unione, infatti, sebbene le conclusioni del 2012 avessero autorizzato "la Commissione 'ad avviare le discussioni necessarie' con il Consiglio federale svizzero ai fini del conseguimento di un contributo finanziario elvetico in favore della Repubblica di Croazia, esse non contengono tuttavia [...] autorizzazioni che consentano alla Commissione di firmare, in nome dell'Unione, l'addendum scaturito da tali negoziati"⁴⁷. Secondo la Corte, infatti, "la firma di un accordo non vincolante implica la valutazione, da parte dell'Unione, della questione di sapere se tale accordo corrisponda sempre al suo interesse, quale definito dal Consiglio in particolare nella decisione recante avvio dei negoziati relativi alla conclusione dell'accordo"⁴⁸. In tale contesto, nemmeno "il mero fatto che il contenuto di un accordo non vincolante negoziato dalla Commissione con un paese terzo corrisponda al mandato di negoziazione conferito dal Consiglio non può ritenersi sufficiente ad investire la Commissione del potere di firmare un simile atto non vincolante senza l'autorizzazione preventiva del Consiglio, adducendo che tale autorizzazione sarebbe insita in una posizione già espressa da quest'ultimo"⁴⁹.

Applicando, quindi, tale criterio al caso del MoU Unione-Tunisia, se ne

⁴⁶ Sentenza della Corte del 28 luglio 2016, causa C-660/13, *Consiglio c. Commissione*.

⁴⁷ *Ivi*, punto 37.

⁴⁸ *Ivi*, punto 42.

⁴⁹ *Ivi*, punto 43.

deduce che la Commissione, avendolo adottato senza la previa autorizzazione del Consiglio, abbia violato il principio di attribuzione delle competenze di cui all'art. 13, par. 2, TUE, nonché il principio dell'equilibrio istituzionale. Da una ricostruzione delle conclusioni del Consiglio e del Consiglio europeo degli ultimi anni, infatti, sebbene emerga un orientamento favorevole di entrambe le istituzioni a rafforzare la *partnership* con la Tunisia, non si riscontra mai un'espressa autorizzazione alla conclusione del MoU da parte della Commissione. Del resto, a differenza di quanto lasciato intendere dal commissario Olivér Várhelyi, un'autorizzazione di questo tipo non può essere desunta dalle conclusioni adottate nel giugno 2023 dal Consiglio europeo⁵⁰. Quest'ultimo, infatti, in quell'occasione si è limitato ad accogliere con favore i lavori svolti sul pacchetto di partenariato globale con la Tunisia, a sostenere la ripresa del dialogo politico nel contesto dell'accordo di associazione UE-Tunisia, nonché a sottolineare l'importanza di rafforzare e sviluppare partenariati strategici analoghi tra l'Unione europea e i partner nella regione⁵¹. Secondo quanto stabilito dalla Corte nel caso del MoU con la Svizzera, però, una dichiarazione di questo tipo non può costituire una formale autorizzazione alla firma.

Tra l'altro, vale la pena di rilevare che, nel caso in esame, si ritiene che la Commissione non abbia nemmeno rispettato quanto stabilito nell'accordo interistituzionale sugli accordi non vincolanti, concluso, a dicembre 2017, con il Consiglio, proprio in seguito della sentenza sopra richiamata⁵². Tale accordo, infatti, prevede una serie di passaggi che la Commissione è tenuta a rispettare ai fini della conclusione di accordi non vincolanti, tra cui: *a*) comunicare al Consiglio, con sufficiente preavviso, l'intenzione di avviare le negoziazioni di un accordo non vincolante, indicando in dettaglio tutti gli elementi del possibile accordo, in modo che il Consiglio possa valutare se esso risponda agli interessi dell'Unione; *b*) trasmettere al Consiglio, prima della firma, una copia della bozza di accordo negoziato, unitamente ad una nota esplicativa, in modo che il Consiglio possa decidere se autorizzarne o meno la firma; *c*) inviare una copia del testo firmato al Consiglio, in tutte le lingue in cui è stato redatto.

È evidente, inoltre, come la giurisprudenza esaminata e l'accordo interistituzionale che ne è conseguito sorvolino completamente sulle prerogative

⁵⁰ Cfr. signature of a Memorandum of Understanding between the EU and Tunisia, Priority question for written answer to the Commission, P-002250/2023.

⁵¹ Conclusioni del Consiglio europeo EUCO 7/23, cit., punto 37.

⁵² Follow up to Judgment in Case C-660/13 – Arrangements between Secretaries General on non-binding instruments, 4 December 2017, 15367/17.

gative del Parlamento. Riprendendo, infatti, le argomentazioni della Corte relativamente al principio di equilibrio istituzionale, giova ricordare che, in termini generali, il Parlamento, ai sensi dell'art. 14, par. 1, TUE, esercita una funzione di controllo politico, che, nell'ambito della conclusione dei trattati internazionali, trova concreta applicazione nell'art. 218, par. 10, TFUE, ai sensi del quale, il Parlamento europeo è immediatamente e pienamente informato in tutte le fasi della procedura. A tal riguardo, secondo la Corte, la disposizione in parola ha l'obiettivo di mettere il Parlamento in condizione di esercitare un controllo democratico sull'azione esterna dell'Unione e, più specificamente, di verificare che le proprie attribuzioni siano rispettate precisamente in conseguenza della scelta della base giuridica di una decisione relativa alla conclusione di un accordo. Pertanto, costituisce un requisito di forma sostanziale, la cui violazione può determinare, ai sensi dell'art. 263, secondo comma, TFUE, l'annullamento dell'atto viziato⁵³. Infatti, come ricordato dal giudice dell'Unione, il coinvolgimento del Parlamento nel processo decisionale è il riflesso, a livello dell'Unione, di un principio democratico fondamentale in base al quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa, che il Trattato di Lisbona ha inteso valorizzare, sul piano sistematico, inserendo una disposizione autonoma, applicabile a tutti i tipi di procedura previsti dall'art. 218 TFUE.

L'importanza di una simile funzione svolta dal Parlamento, nell'ottica di una corretta applicazione dei principi di attribuzione delle competenze e di equilibrio istituzionale, non può essere ignorata con riferimento agli accordi non vincolanti, perché la natura non obbligatoria di un atto non può giustificare la completa estromissione dell'istituzione rappresentativa dei cittadini, soprattutto se, come vedremo, si tratta di atti che, comunque, producono effetti concreti. In tal senso, è certamente censurabile il comportamento tenuto dalla Commissione in occasione della conclusione del MoU con la Tunisia, il quale, non a caso, è stato oggetto di aspre critiche da parte di diversi parlamentari europei, anche se ciò non si è concretizzato in un atto organico dell'Assemblea⁵⁴.

⁵³ Sentenza della Corte del 24 giugno 2014, causa C-658/11, *Parlamento c. Consiglio*.

⁵⁴ Vale la pena di ricordare che la posizione critica nei confronti del MoU assunta dal Parlamento europeo, non solo in ragione della sua estromissione dal procedimento di conclusione, ma anche per la precaria situazione in materia di tutela dei diritti umani presente in Tunisia, ha portato, come reazione, il governo tunisino a negare l'ingresso nel Paese ad una delegazione di parlamentari europei, che avevano programmato una visita per effettuare colloqui con gruppi della società civile e rappresentanti di ONG (www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230914IPR05112/foreign-affairs-committee-delegation-con

Con tali considerazioni non si intende sottovalutare il fatto che nelle negoziazioni internazionali un eccessivo livello di trasparenza possa risultare controproducente ai fini della buona riuscita degli stessi⁵⁵. Anche la Corte, nella giurisprudenza in materia di accesso ai documenti, ha sempre rilevato il carattere sensibile delle relazioni internazionali, il che giustifica un certo grado di riservatezza, più ampio di quello riconosciuto in altri settori, ad esempio quello legislativo, poiché è necessario mantenere la reciproca fiducia dei negoziatori e lo sviluppo di una discussione libera ed efficace⁵⁶. Nell'ambito dei negoziati internazionali, infatti, la posizione dell'Unione può mutare in funzione di diverse ragioni, quindi, la pubblicazione delle posizioni negoziali può chiaramente arrecare un pregiudizio alla tutela dell'interesse pubblico in ordine alle relazioni internazionali⁵⁷.

D'altronde, il regolamento 1049/2001, all'art. 4, par. 1, lett. a), terzo trattino, prevede la possibilità di negare l'accesso ai documenti la cui divulgazione possa pregiudicare le relazioni internazionali⁵⁸. Una simile clausola,

demns-tunisia-s-ban-to-enter-the-country).

⁵⁵ A tal riguardo, in dottrina è stato sottolineato come, a partire dalla seconda metà del XIX secolo, sia iniziata una vera e propria "controrivoluzione" nella prassi diplomatica, che ha determinato una netta inversione di tendenza rispetto alle prassi di *public diplomacy* che si erano progressivamente affermate a partire dall'inizio del XX secolo, a favore di modelli passati in cui si prediligevano negoziati riservati e confidenziali, se non proprio segreti, necessari a coagulare posizioni condivise, senza mettere apertamente in luce le posizioni dissenzienti (cfr. C. CURTI GIALDINO, *Diritto diplomatico-consolare internazionale ed europeo*, Torino, 2022, pp. 37-40).

⁵⁶ Sentenza della Corte del 3 luglio 2014, causa C-350/12 P, *Consiglio c. in 't Veld*, punto 119. Sull'argomento, cfr. V. ABASI, M. HILLEBRANDT, *The legal limits to confidential negotiations. Recent case law developments in Council transparency: Access Info Europe and In 't Veld*, in *Common Market Law Review*, vol. 52, n. 3, 2015 pp. 825-845; G. M. LENTNER, *Access to Documents of the Institutions: Transparency of International Negotiations*, in *European Law Reporter*, 2014, pp. 126-129; E. FAHEY, *EU Foreign Relations Law: Litigating to Incite Openness in EU Negotiations*, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 4, 2014, pp. 553-556.

⁵⁷ Sentenza del Tribunale del 12 settembre 2013, causa T-331/11, *Leonard Besselink c. Consiglio*, punti 70-72.

⁵⁸ In generale, l'art. 4, par. 1, lett. a) del regolamento 1049/2001 dispone che possa essere negato l'accesso ai documenti la cui divulgazione crei un pregiudizio all'interesse pubblico in ordine ad una serie di circostanze, tra le quali rientrano, oltre alla tutela delle relazioni internazionali, la sicurezza pubblica, la difesa e le questioni militari, la politica finanziaria, monetaria o economica della Comunità o di uno Stato membro. Relativamente all'applicazione dell'art. 4, par. 1, lett. a), del regolamento 1049/2001 la Corte ha precisato che "la natura particolarmente delicata e basilare degli interessi tutelati da detta disposizione, unita al carattere obbligatorio del diniego di accesso che, ai sensi della detta disposizione, l'istituzione deve opporre qualora la divulgazione al pubblico di un documento possa arrecare pregiudizio a

come di recente sottolineato dal giudice dell'Unione, va intesa in senso ampio, per cui il termine "relazioni internazionali" non deve essere circoscritta solo alle attività volte alla conclusione di un accordo internazionale⁵⁹. Di conseguenza, rientrano all'interno dell'eccezione in parola anche le negoziazioni di accordi non vincolanti, come il MoU UE-Tunisia⁶⁰. D'altronde, sulla base di questo presupposto, la Corte ha ritenuto legittima la decisione con cui la Commissione aveva negato l'accesso a dei documenti relativi allo *Statement* UE-Turchia del 2016.

Tuttavia, ciò non significa che le relazioni internazionali, quindi anche i negoziati volti all'adozione di trattati o alla conclusione di intese politiche, possano essere estranee ad ogni forma di trasparenza, non solo per questioni di legittimità, ma anche per semplici ragioni pratiche. Ad esempio, nel caso del TTIP, l'eccessiva segretezza tenuta dalla Commissione, almeno nella fase iniziale, ha scatenato nell'opinione pubblica una reazione fortemente negativa in merito a tale strumento⁶¹, tale da indurre la Commissione, anche a seguito delle sollecitazioni pervenute dalla mediatrice europea⁶², a condividere maggiormente i lavori svolti in sede negoziale.

In generale, quindi, nelle negoziazioni internazionali è necessario tro-

detti interessi, attribuisce alla decisione che dev'essere così presa dall'istituzione un carattere complesso e delicato, tale da richiedere un grado di cautela del tutto particolare" (sentenza *Consiglio c. in 't Veld*, cit., punto 108). A tali categorie di eccezioni, quindi, non si applica il principio generale riferibile alle altre eccezioni di cui all'art. 4 del regolamento 1049/2001, secondo il quale queste devono essere interpretate ed applicate restrittivamente, al fine di non ostacolare l'applicazione del principio generale sancito da tale regolamento. Pertanto, "il principio di interpretazione restrittiva delle eccezioni previste all'articolo 4 del regolamento n. 1049/2001 non osta a che, per quanto riguarda le eccezioni relative all'interesse pubblico di cui al paragrafo 1, lettera a), di tale articolo, l'istituzione interessata disponga di un ampio margine discrezionale per determinare se la divulgazione al pubblico di un documento arrechi un pregiudizio agli interessi tutelati da tale disposizione e, correlativamente, il controllo di legittimità esercitato dal Tribunale quanto a una decisione di diniego di accesso a un documento, opposta dall'istituzione ai sensi di una di dette eccezioni, debba limitarsi alla verifica del rispetto delle norme di procedura e in materia di motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti, nonché dell'assenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere" (sentenza del Tribunale del 7 febbraio 2018, causa T-851/16, *Access Info Europe c. Commissione*, punto 40).

⁵⁹ Sentenza del Tribunale del 6 settembre 2023, causa T-643/21, *Foodwatch eV c. Commissione*, punti 66 e 67.

⁶⁰ Sentenza *Access Info Europe c. Commissione europea*, cit.

⁶¹ A. PETERS, *The Global Compact for Migration: to sign or not to sign?*, in *EJIL:Talk!*, 21 November 2018.

⁶² Cfr. F. BATTAGLIA, *Il Mediatore europeo*, Bari, 2020, pp. 241-251.

vare un giusto bilanciamento tra l'interesse a preservare le relazioni internazionali e la necessità di mantenere un adeguato livello di coinvolgimento dei cittadini.

6. Definita la questione della procedura di adozione, vale la pena di svolgere qualche breve riflessione sul contenuto del MoU, anche perché ciò giova a completare l'analisi sulla sua natura giuridica.

A differenza delle altre intese non vincolanti finora esaminate, infatti, il MoU non sembra contenere obblighi particolarmente stringenti, ma semplici impegni di natura politica, definiti in maniera abbastanza ampia. Segnatamente, l'intesa, seguendo quell'approccio globale oramai consolidato nella dimensione esterna delle politiche migratorie, si articola attorno a cinque pilastri fondamentali: stabilità macroeconomica; commercio; transizione energetica; scambi culturali; migrazioni.

Nell'ambito del primo pilastro, l'Unione, in termini generici, si impegna ad assistere la Tunisia nel suo sforzo di potenziare un modello di sviluppo duraturo, attraverso un piano di riforme socioeconomiche. Dello stesso tenore sono gli impegni indicati nel pilastro concernente il commercio, nel quale le parti, senza assumere obblighi precisi, si impegnano a rafforzare la loro cooperazione economica e commerciale in una serie di settori, quali l'agricoltura, l'economia circolare, la transizione digitale e il trasporto aereo. Lo stesso vale per quanto concerne il settore della transizione energetica e degli scambi culturali.

Anche in materia migratoria, gli impegni assunti sono di ben altro tenore rispetto a quelli contenuti in altri c.d. accordi non vincolanti. Le parti, infatti, si limitano ad assumere l'impegno ad affrontare il fenomeno migratorio attraverso un approccio olistico, che tenga conto del legame tra sviluppo e migrazioni. Allo stesso tempo, però, la Tunisia "réitère sa position de ne pas être un pays d'installation de migrants en situation irrégulière".

Sotto il profilo del finanziamento, l'Unione, invece, afferma di impegnarsi a fornire un adeguato sostegno finanziario aggiuntivo, in particolare per le acquisizioni, la formazione e il supporto tecnico necessari per migliorare la gestione delle frontiere tunisine. A differenza di quanto fatto in altre circostanze, però, nel MoU non vi è traccia dell'ammontare preciso di tale finanziamento. In più occasioni, sia la Presidente della Commissione che i singoli commissari⁶³, hanno pubblicamente manifestato l'impegno ad eroga-

⁶³ Si veda, ad esempio, il discorso del commissario europeo Olivér Várhelyi nella ses-

re un aiuto finanziario immediato di 150 milioni, a cui si aggiungerebbe un aiuto aggiuntivo di lungo termine di 900 milioni di euro, da utilizzare anche per avviare le riforme chieste dal FMI come condizione per il rilascio da parte di quest'ultimo di un prestito di 1,9 miliardi di euro al Paese africano. Peraltro, di tali somme, come detto, non vi è traccia alcuna nel testo del MoU.

Ad ogni modo, il sistema utilizzato nel caso del MoU riproduce quello attuato nel caso degli altri accordi non vincolanti. Ad esempio, anche nel caso dello *Statement* con la Turchia, sebbene quel documento contenesse cifre precise, si trattava, comunque, di somme che l'Unione si impegnava ad erogare a partire da fondi esistenti a prescindere dal c.d. accordo, segnatamente attraverso il *Facility for Refugees in Turkey*⁶⁴. L'unica differenza, quindi, consiste nel fatto che questa volta il testo del documento non indica in maniera esatta l'ammontare del finanziamento, il quale, però, risulta da diverse dichiarazioni pubbliche della Presidente von der Leyen e di altri membri della Commissione.

In definitiva, quindi, si può ritenere che sebbene l'accordo abbia una dimensione sostanzialmente politica, esso produce comunque degli effetti, poiché la Commissione è responsabile della sua attuazione attraverso azioni amministrative.

7. A prescindere dalla sua natura giuridica, il MoU, nella misura in cui dovrebbe favorire l'erogazione di fondi verso la Tunisia, può sicuramente avere un impatto in materia di tutela dei diritti umani. D'altronde questo è uno degli aspetti maggiormente criticati, non solo dal Parlamento europeo, ma anche da numerose organizzazioni governative e non governative operanti nel settore⁶⁵.

sione plenaria, del 12 settembre 2023 (disponibile online su www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-9-2023-09-12_EN.pdf).

⁶⁴ Decisione della Commissione C (2015) 9500 relativa al coordinamento delle iniziative dell'Unione e degli Stati membri tramite un meccanismo di coordinamento – lo strumento per la Turchia a favore dei rifugiati, 24 novembre 2015, modificata dalla decisione della Commissione C (2016) 855, del 10 febbraio 2016.

⁶⁵ Cfr., ad esempio, Council of Europe, *European states' migration co-operation with Tunisia should be subject to clear human rights safeguards*, 17 July 2023 (disponibile online su www.coe.int/en/web/commissioner/-/european-states-migration-co-operation-with-tunisia-should-be-subject-to-clear-human-rights-safeguards); Amnesty international, *EU/Tunisia: Agreement on migration 'makes EU complicit' in abuses against asylum seekers, migrant and refugees* (disponibile online su www.amnesty.eu/news/eu-tunisia-agreement-on-migration-makes-eu-complicit-in-abuses-against-asylum-seekers-migrant-and-refugees/), International

A tal riguardo, vale la pena sottolineare che la Mediatrice europea, Emily O'Reilly, a settembre 2023, ha avviato un'iniziativa strategica in cui ha chiesto alla Commissione se abbia effettuato una valutazione d'impatto sui diritti umani prima di firmare il MoU e se intenda effettuare una revisione periodica dell'impatto sui diritti umani delle azioni intraprese durante la sua attuazione, nonché se abbia definito criteri per la sospensione dei finanziamenti nel caso in cui i diritti umani non vengano rispettati, visto che ai sensi dell'art. 29, lett. a), del regolamento 2021/947, i finanziamenti dell'Unione a titolo dello strumento di vicinato non sostengono azioni o misure che possono comportare la violazione dei diritti umani nei paesi *partner*⁶⁶.

L'iniziativa fa seguito ad altre dello stesso tipo, in particolare quella aperta in occasione dello *Statement* con la Turchia.

In quella circostanza la Mediatrice ha rilevato che, a prescindere dalla natura giuridica dello *Statement*, l'attuazione di quest'ultimo deve avvenire “in a manner consistent with the principles and values set out in the Treaties and in the Charter”, poiché “neither its political nature, nor indeed the title ‘Agreement’ or ‘Statement’, in any way diminish the responsibility of the Commission to ensure that its actions are in compliance with the EU’s fundamental rights commitments”.⁶⁷ Il principio di buona amministrazione, infatti, presuppone il rispetto dei diritti umani, per cui uno strumento che comporta violazioni dei diritti umani non può essere conforme al principio di buona amministrazione. Alla luce di ciò, quindi, “the human rights impact assessment tool identifies the sources of risks and the human rights impacts on the affected stakeholders at each stage of the project’s life. Its role is preventive in the first place because when negative impacts are identified, either the negotiated provisions need to be modified or mitigating measures have to be decided upon before the agreement is entered into”⁶⁸. La tutela dei diritti umani, tra l'altro, è una componente dello stato di diritto, almeno

Rescue Committee, *IRC: The EU’s migration agreement with Tunisia “risks driving migrants and refugees onto even more dangerous routes”* (disponibile online su www.rescue.org/eu/press-release/irc-eus-migration-agreement-tunisia-risks-driving-migrants-and-refugees-even-more).

⁶⁶ Strategic initiative SI/5/2023/MHZ on how the European Commission intends to guarantee respect for human rights in the context of the EU-Tunisia Memorandum of Understanding, case SI/5/2023/MHZ, 13 September 2023.

⁶⁷ Decision of the European Ombudsman in the joint inquiry into complaints 506-509-674-784-927-1381/2016/MHZ against the European Commission concerning a human rights impact assessment in the context of the EU-Turkey Agreement, case 506/2016/MHZ, 18 January 2017.

⁶⁸ *Ibidem*.

nella sua declinazione sostanziale, così come più volte ribadito dalla Corte di giustizia⁶⁹. In un'organizzazione fondata sul *rule of law*, dunque, è doveroso prendere tutte le misure necessarie per prevenire violazioni dei diritti umani, anche nel caso in cui queste possano essere, seppur indirettamente, favorite da fondi erogati in attuazione di impegni assunti dall'Unione attraverso intese non vincolanti.

Secondo il commissario Várhelyi, invece, una simile valutazione d'impatto sarebbe stata superflua nel caso del MoU con la Tunisia, perché “the respect for human rights and democratic principles is at the heart of EU's partnerships with all third countries, including with Tunisia”, come si evincerebbe anche nell'accordo di associazione concluso con quest'ultima⁷⁰.

Ora, l'accordo di associazione in questione contiene solo brevi passaggi in materia di migrazione, esclusivamente nel capitolo sul dialogo in campo sociale⁷¹. In tal senso, l'art. 69 sancisce che il dialogo periodico instaurato tra le parti nel settore sociale deve riguardare, tra le altre cose, l'immigrazione clandestina e le condizioni di rimpatrio delle persone la cui situazione è irregolare rispetto alla legislazione in materia di soggiorno e di stabilimento del Paese ospite. Inoltre, l'art. 71 dispone che, sempre al fine di rafforzare la cooperazione in campo sociale, si istituiscono azioni e programmi relativi a qualsiasi argomento di interesse per esse, tra i quali rivestono carattere prioritario le azioni volte a ridurre la pressione migratoria, in particolare attraverso la creazione di posti di lavoro e lo sviluppo della formazione nelle zone di emigrazione. Tali disposizioni, tuttavia, non sembrano sufficienti ad offrire una copertura in termini di diritti umani al MoU, il quale resta un'iniziativa estranea all'accordo di associazione. Tra l'altro, le norme dell'accordo di associazione dedicate alla tutela dei diritti umani non sono idonee a soddisfare le esigenze che risiedono dietro le valutazioni di impatto, in quanto hanno una formulazione del tutto generica e non istituiscono forme di con-

⁶⁹ In tal senso, in dottrina è stato sottolineato che la nozione di *rule of law* ha una natura evolutiva e che “da una concezione formale di stato di diritto si è giunti invece ad una concezione dello stesso in senso sostanziale, grazie all' inclusione dei diritti fondamentali tra le componenti dello stato di diritto operata dalla giurisprudenza di Lussemburgo nonché presente nei documenti delle istituzioni europee” (M. CARTA, *Lo Stato di diritto alla prova dell'allargamento dell'UE o l'allargamento della UE alla prova dello Stato di diritto*, in rivista. *eurojus.it*, n. 4, 2022, p. 189).

⁷⁰ Parliamentary question, Answer given by Mr Várhelyi on behalf of the European Commission, 20 September 2023 (disponibile online su www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2023-002250-ASW_EN.html).

⁷¹ Accordo euromediterraneo che istituisce un'associazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica tunisina, dall'altra.

trollo e monitoraggio soddisfacenti. L'obiettivo delle valutazioni di impatto è, invece, lo studio di soluzioni preventive atte ad evitare che i fondi erogati a Paesi terzi possano essere utilizzati per adottare misure in contrasto con le libertà fondamentali degli individui, nonché pensare eventuali meccanismi volti a rimediare eventuali situazioni di questo tipo.

8. Il MoU con la Tunisia, accolto inizialmente con grande entusiasmo, al punto da essere definito come un modello di cooperazione che sarebbe stato riproposto nelle relazioni con altri Stati, ha finora disatteso le aspettative. Dalla sua adozione, infatti, i rapporti con la Tunisia, piuttosto che rafforzarsi, hanno mostrato diversi momenti di tensione, al punto che, ad ottobre scorso, il presidente Saied ha deciso di rifiutare i fondi annunciati dall'Unione⁷².

A parte queste valutazioni di carattere politico-diplomatico, gli aspetti maggiormente critici della *partnership* siglata dall'Unione con il Paese nordafricano sono quelli di carattere giuridico.

In primo luogo, ciò che più desta preoccupazione è la scarsa trasparenza sia del processo negoziale sia degli impegni materialmente assunti. Appare del tutto evidente che un simile grado di opacità dell'operato delle istituzioni impatta negativamente in termini di *accountability* di queste ultime e di legittimazione democratica degli atti dalle stesse adottati. A tal riguardo, vale la pena ribadire che una simile valutazione non intende negare che le negoziazioni con Paesi terzi per la conclusione di accordi, o impegni di altra natura, richiedano un certo grado di riservatezza, necessario per la buona riuscita dei lavori. Tuttavia, ciò deve essere sempre bilanciato con il principio di responsabilità delle istituzioni nei confronti dei cittadini, dal momento che l'Unione è un'organizzazione fondata sul *rule of law*, valore che ricomprende pure la trasparenza del processo decisionale e il divieto di arbitarietà del potere esecutivo⁷³. Quanto detto, prescinde dal carattere più o meno vincolante della *partnership* in questione, soprattutto se si tiene conto che la prassi dell'Unione in materia di dimensione esterna della gestione dei flussi migratori, ormai da diversi anni, tende ad una sempre maggiore

⁷² *Il presidente della Tunisia, Kais Saied, rifiuta i fondi Ue*, disponibile online su www.ansa.it/ansamed/it/notizie/rubriche/nazioni/2023/10/03/il-presidente-della-tunisia-kais-saied-rifiuta-i-fondi-ue_90762fed-99fa-4f10-980b-b6a5b5ba2bde.html.

⁷³ Sullo stato di diritto nell'Unione europea, cfr., tra i contributi più recenti, B. NASCIMBENE, *Valori comuni ai Paesi membri dell'Unione europea e Stato di diritto*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 4, 2023, pp. 781-789.

informalità, tramite l'adozione di atti non vincolanti, sebbene questi ultimi, come si è visto, abbiano forme e contenuti differenti tra loro.

Sempre relativamente agli aspetti giuridici, oltre alla questione della scarsa trasparenza, ciò che risulta problematico è la procedura seguita per l'adozione del MoU. Alla luce della giurisprudenza esaminata, infatti, si ritiene che la conclusione di un simile strumento richieda la previa approvazione del Consiglio, che in questo caso non è intervenuta. In tal senso, da alcune fonti informative, di cui al momento non si ha però riscontro, sembrerebbe che il servizio giuridico del Consiglio abbia adottato un parere in cui contesta la firma del MoU, proprio per la mancata previa approvazione del Consiglio⁷⁴.

Infine, ma non per ultimo, desta preoccupazione l'impatto che l'intesa con la Tunisia, al pari, invero, di altre *Partnership* di questo tipo concluse con Paesi terzi, può comportare in termini di tutela dei diritti umani. Sebbene il MoU, infatti, non contenga obblighi tra le Parti, esso produce effetti concreti, nella misura in cui stimola l'erogazione di fondi verso la Tunisia. Di conseguenza, la Commissione, sia in un'ottica preventiva che correttiva, deve svolgere studi di *impact assesment* che permettano di valutare quale sia il rischio che le risorse trasferite vengano sfruttate per commettere violazioni dei diritti fondamentali e, eventualmente, le misure da adottare per reagire a simili eventualità. Nel caso in esame, invece, la Commissione, confermando la prassi tenuta in altre circostanze simili, ha ritenuto di non dover operare una valutazione di questo tipo, il che, però, comporta effetti negativi anche in termini di stato di diritto, visto che tale principio include tra le sue componenti la tutela dei diritti fondamentali.

⁷⁴ A. BARBERA, M. BRESOLIN, *Il Consiglio Ue boccia l'intesa con Saied "firmata senza via libera dei governi"*, in *La Stampa*, 18 settembre 2023, p. 7.

IL CONTRASTO ALLA TRATTA DI PERSONE E LA PROSPETTIVA DI RIFORMA DEL 2024: ALCUNE RIFLESSIONI

Marco Borraccetti*

SOMMARIO: 1. Lo stato dell'arte. – 1.1. L'azione preventiva rispetto al fenomeno della tratta. – 1.2. La tutela delle vittime di tratta. – 1.3. La dimensione repressiva e la sanzionabilità delle persone giuridiche. – 2. Le novità in vista. – 2.1. I nuovi elementi volti ad integrare la definizione di tratta. – 2.2. Sugli strumenti utili alla repressione del reato. – 2.3. La criminalizzazione dell'uso consapevole dei servizi delle vittime di tratta. – 2.4. Sui meccanismi nazionali di orientamento. – 2.5. I nuovi obblighi relativi alla raccolta di dati e statistiche. – 2.6. La dimensione relativa alla protezione. – 3. Conclusioni.

1. *Lo stato dell'arte*

Il contrasto alla tratta di persone assume nell'Unione europea un rilievo strategico e di primaria importanza. La gravità del reato in questione è espressamente riconosciuta innanzitutto dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che, all'art. 83, lo inserisce tra le gravi forme di reato di dimensione europea. Il quadro giuridico dell'Unione europea in materia ha per caposaldo la direttiva 2011/36¹, adottata con l'obiettivo di prevenire e contrastare tale fenomeno, oltre che per proteggerne le vittime; ad essa si aggiunge la direttiva 2004/81², che consente agli Stati membri di regolarizzare la posizione della vittima che collabora con l'autorità giudiziaria e/o di polizia per smantellare le organizzazioni criminali coinvolte. Esso si inserisce in un sistema multilivello che, sul piano internazionale, guarda al Protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne

Associato in diritto dell'Unione europea, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Il presente contributo costituisce la versione rielaborata ed ampliata della relazione presentata al seminario *I flussi migratori via mare e il diritto dell'Unione europea*, tenutosi a Roma, Università Sapienza, il 13 ottobre 2023.

¹ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.

² Direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti.

e bambini, addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite la criminalità organizzata transnazionale³; diversamente, su quello europeo, guarda anche alla Convenzione del Consiglio d'Europa contro la tratta di persone⁴, anche nota come Convenzione di Varsavia, che si distingue dal primo – concentrato sulla dimensione transnazionale e principalmente sull'azione repressiva – perché caratterizzata dal cosiddetto *human rights approach*.

Il sistema configurato dalla direttiva 2011/36 prosegue nella direzione da questa tracciata ed è articolato sulla base del cosiddetto approccio 4 P: *Prevention, Protection, Prosecution, Partnership*. Un percorso – a livello dell'Unione – caratterizzato dalla valutazione periodica delle disposizioni in essere sin da quando era in vigore la decisione quadro contro la tratta di persone⁵: in quel caso, si era osservata⁶ la necessità di provvedere all'adozione di misure legislative e non legislative che ovviassero ad una situazione in cui «actions aimed at tackling prevention rarely materialise in large-scale initiatives aimed at poverty and vulnerability reduction and addressing the demand». La lettera della direttiva antitratta, la cui adozione è stata successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona pur risultandone raggiunto il consenso in un tempo ad essa precedente, ha consentito di affrontare i punti critici che, come emerge dai documenti di lavoro della Commissio-

³ Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini allegato alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (“*Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime*” c.d. Protocollo di Palermo sulla tratta o Protocollo di Palermo contro la tratta o Protocollo di Palermo), UN General Assembly, resolution 55/25, 15 November 2000. L'importanza del Protocollo è stata sottolineata da A. T. GALLAGHER, *Two Cheers for the Trafficking Protocol*, in *Anti-Trafficking Review*, n. 4, 2015, pp. 14–32: “*Without the Protocol, arguments around definitions would have continued to block the evolution of principles and rules. Without the Protocol it is likely that the human rights system would have continued its shameful tradition of side-lining issues such as forced labour, forced sex, forced marriage and the ritual exploitation of migrant workers through debt. Most critically, the Protocol provided the impetus and template for a series of legal and political developments that, over time, have served to ameliorate some of its greatest weaknesses, including the lack of human rights protections and of a credible oversight mechanism*”.

⁴ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 16 maggio 2005, anche nota come Convenzione di Varsavia.

⁵ Decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani.

⁶ Piano UE sulle migliori pratiche, le norme e le procedure per contrastare e prevenire la tratta di esseri umani, 2005/C 311/01.

ne⁷, erano conseguenza dell'esistenza di misure insufficienti per prevenire la tratta, soprattutto in ambiti quali risorse e competenze nelle autorità deputate al contrasto ed al supporto sociale, e per consentire efficaci misure di individuazione, identificazione e protezione, oltre che di un quadro privo di sanzioni verso chi beneficiava consapevolmente dei servizi delle vittime di tratta, come in alcune ipotesi di sfruttamento lavorativo o sessuale.

Tuttavia, in una realtà dinamica, l'azione di monitoraggio prevista dalla medesima direttiva ha consentito l'emersione di ulteriori punti critici dell'azione europea, evidenziati dalla Commissione con la strategia 2021-2025⁸; coerentemente a quest'ultima, ha presentato una proposta⁹ volta ad innovare il quadro giuridico attualmente in essere. Proprio sul cammino legislativo di questa riforma si concentrerà il presente contributo, con attenzione alle parti della direttiva da essa interessate.

1.1 *L'azione preventiva rispetto al fenomeno della tratta*

Le misure idonee alla realizzazione di un'adeguata azione preventiva sono previste principalmente dall'art. 18 della direttiva antitratta. Sin dalle motivazioni dell'atto viene sottolineato come il grado di prevenzione dovesse essere particolarmente elevato; un'intenzione che – tuttavia – si riflette solo nell'art. 18, unica disposizione ad essa dedicata, che si caratterizza per una suddivisione in quattro paragrafi: il primo indica l'obbligo di adottare le misure necessarie per ridurre e scoraggiare la domanda, all'origine delle forme

⁷ Commission Staff Working Document, *Impact assessment report accompanying the document proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims*, 19 December 2022, SWD/2022/425 final; Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Sintesi della relazione sulla valutazione d'impatto che accompagna il documento proposta di direttiva 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, del 19 dicembre 2022, SWD/2022/426 final; Commission Staff Working document, *Evaluation of the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims*, 19 December 2022, SWD/2022/427 final.

⁸ Comunicazione della Commissione, Strategia dell'UE per la lotta alla tratta degli esseri umani 2021-2025, COM (2021) 171final, del 14 aprile 2021.

⁹ Proposta di direttiva 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, COM (2022) 732final, del 19 dicembre 2022, (proposta di modifica della direttiva anti-tratta).

di sfruttamento che caratterizzano la tratta di esseri umani; il riferimento esplicito all'istruzione e alla formazione non ha caratteristica esclusiva ma consente di comprendere che almeno due dei settori di azione dovranno riguardare l'educazione al rischio ed al rispetto della dignità delle persone, da un lato, ed alla formazione di coloro che dovranno poi portare avanti i programmi funzionali alla riduzione ed all'eradicazione del fenomeno, dall'altro.

In tale voce non sono, invece, inclusi gli obblighi relativi alla formazione regolare di coloro che, per ragioni di ruolo, potrebbero trovarsi nella necessità di identificare o interagire con le vittime di tratta, siano esse effettive o potenziali; l'aver collocato tale formazione separatamente, al paragrafo 3, ne rafforza l'importanza e non ha comunque posto in discussione il legame – che anche lì emerge – tra prevenzione, identificazione delle vittime e loro assistenza¹⁰, da un lato, e necessità di un'adeguata conoscenza del fenomeno, dall'altro.

Oltre all'educazione ed alla formazione, l'attività preventiva si dovrebbe sviluppare attraverso due altre direttrici. Da un lato, viene richiesta la realizzazione di campagne informative e di sensibilizzazione; il richiamo espresso alla rete è *evidentemente figlio dei tempi* e va ora letto anche con riferimento ai *social network* ed alle piattaforme digitali sviluppatasi rapidamente negli ultimi anni. Dall'altro, si guarda a programmi di ricerca e istruzione, con l'obiettivo di coinvolgere anche attori non statali, per realizzare le più diverse azioni di contrasto al fenomeno criminale trattato. Siffatta interpretazione risulta del resto in linea con la seconda parte del medesimo paragrafo 2, ove si richiama espressamente la cooperazione con organizzazioni della società civile, in senso ampio intese, per attuare azioni dirette a sensibilizzare e ridurre il rischio che le persone, e in special modo i minori, cadano preda dei trafficanti.

A queste forme di cooperazione va affiancata quella prevista dall'art. 19, sui relatori nazionali, cui è demandato il compito di valutare le tendenze della tratta di esseri umani e dei risultati delle azioni anti-tratta, usufruendo anche dell'eventuale opera di ricerca e analisi statistica svolto da attori non statali oppure da università e centri di ricerca.

Infine, l'ultimo paragrafo dell'art. 18 unisce prevenzione e azione repressiva, sancendo l'obbligo a che gli Stati valutino «la possibilità di adottare misure che dispongano la criminalizzazione della condotta di chi ricorre consapevolmente ai servizi [...] prestati da una persona che è vittima» di tratta: il fatto di lasciare ad ogni Stato la possibilità di valutare se adottare

¹⁰ H. SAX, Art. 5, in J. PLANITZER, H. SAX (eds.), *A commentary on the Council of Europe convention on action against trafficking in human beings*, Cheltenham-Northampton, 2020.

o meno sanzioni penali in questo campo, riflette la scelta di favorire un approccio nazionale piuttosto che dalla natura preminentemente europea.

Pur se l'obiettivo dichiarato era quello di un'azione preventiva che portasse ad un contrasto più efficace, appare evidente come l'obbligo fosse limitato alla sola valutazione dell'inserimento nell'ordinamento giuridico di una disposizione punitiva dalle caratteristiche descritte. È proprio in questo che l'attuale quadro normativo ha mostrato limiti e inadeguatezza, come emerge dalla lettura del rapporto, sulla criminalizzazione dell'uso dei servizi che costituiscono oggetto dello sfruttamento legato alla tratta, pubblicato dalla Commissione nel 2016¹¹. In esso si conferma che la discrezionalità lasciata agli Stati non ha consentito di raggiungere l'obiettivo di una soddisfacente repressione, sì da valutare con favore la proposta della Commissione indirizzata alla criminalizzazione degli utilizzatori dei servizi delle vittime di tale reato, pur se presentata solo cinque anni dopo. Ciò rafforzerebbe evidentemente l'idea che, nell'ottica di sanzionare tutti gli attori coinvolti nello sfruttamento delle vittime, la discrezione lasciata agli Stati membri continua ad essere la parte debole che potrebbe avere un impatto negativo sull'effettiva prevenzione del crimine.

In pratica, mentre la domanda di servizi alimenta lo sfruttamento, che richiede chiaramente una risposta globale, completa e coerente, la descritta azione contro i trafficanti è limitata e priva di uniformità, col risultato che l'azione europea contro utilizzatori e beneficiari finali potrebbe essere posta a repentaglio. Inoltre, la maggior parte delle misure legislative si concentra sullo sfruttamento sessuale: pur se giustificabile dal maggior numero di vittime di sesso femminile¹², non si può scordare che lo sfruttamento per motivi sessuali è “solo” uno dei tipi di tratta di esseri umani¹³.

Qualora le vittime siano cittadini di Paesi terzi e si trovino in posizione

¹¹ Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio che valuta l'impatto sulla prevenzione della tratta di esseri umani, della legislazione nazionale vigente che incrimina l'utilizzo di servizi che costituiscono oggetto dello sfruttamento legato alla tratta, in conformità all'articolo 23, paragrafo 2, della direttiva 2011/36/UE, COM (2016) 719final, del 2 dicembre 2016 (relazione sulla criminalizzazione dell'uso dei servizi).

¹² Secondo i dati pubblicati da Eurostat, *Report on Trafficking in human beings* (2023), poco meno del 69% delle vittime registrate erano di sesso femminile (donne e bambine) ed il 55,7% di esse erano vittime di tratta ai fini di sfruttamento sessuale.

¹³ Sul punto, si richiama la definizione prevista dall'art. 2 della direttiva antitratta, cit., inoltre, secondo il *Report* (2023) di Eurostat, cit., il 28,5% delle vittime lo era per ragioni di sfruttamento lavorativo o per ragioni riconducibili ai servizi forzati, mentre lo sfruttamento per cause quali l'espianto di organi, l'accattonaggio od altre attività criminali era pari al 15,8 % dei casi.

irregolare nel territorio degli Stati membri, l'attuale quadro giuridico dell'Unione europea offre comunque uno strumento giuridico per sanzionare gli utilizzatori dei loro servizi: infatti, nella descritta situazione, potrebbe trovare applicazione la direttiva sulle sanzioni dei datori di lavoro¹⁴, il cui scopo principale non è, comunque, il contrasto allo sfruttamento lavorativo bensì all'immigrazione irregolare: ne consegue che gli Stati membri sono tenuti a sanzionare solo alcuni comportamenti e nel caso in cui le vittime siano cittadini di Paesi terzi in posizione irregolare: del resto, proprio la sua natura ne impedisce l'applicabilità tanto ai cittadini di Paesi terzi in posizione regolare, che a quelli europei¹⁵.

La situazione attuale è perciò influenzata da approcci e pratiche diverse sviluppate dagli Stati membri individualmente ed autonomamente: laddove esistono misure nazionali che stabiliscono come reato l'uso di servizi che derivano dallo sfruttamento, l'ambito di applicazione *ratione personae* di tali disposizioni è limitato solo a coloro che utilizzano consapevolmente i servizi da esse forniti¹⁶, con – tra l'altro – un'evidente difficoltà a reperire prove relative al requisito della *mens rea* evidenzia la complessità della questione¹⁷: si tratta di un noto ostacolo ad un'efficace protezione delle vittime, già evidenziato dalla Relazione esplicativa della Convenzione del Consiglio d'Europa¹⁸ sulla lotta contro la tratta degli esseri umani, che tuttavia rileva che «[...] la difficoltà di reperire prove non è necessariamente un argomento conclusivo per non considerare un determinato tipo di condotta come un reato», anche perché alla mancanza di criminalizzazione potrebbe conseguire l'indeboli-

¹⁴ Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (direttiva sulle sanzioni ai datori di lavoro).

¹⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio relativa all'applicazione della direttiva 2009/52/CE, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, COM (2014) 286final, del 18 giugno 2009, osserva che gli Stati membri hanno in generale criminalizzato il lavoro irregolare in tutte le circostanze descritte nell'art. 9, inclusi i casi in cui il datore di lavoro era a conoscenza che il lavoratore era vittima di tratta. Secondo la comunicazione (p. 5), pochi Stati membri quali Repubblica Ceca, Spagna e Lituania non avevano specificamente criminalizzato il reclutamento illegale in situazioni in cui si fosse accertata tale consapevolezza.

¹⁶ COM (2016) 719final, cit., p. 7.

¹⁷ COM (2016) 719final, cit., p. 7.

¹⁸ Council of Europe Treaty Series (CETS), *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, n. 197, in particolare p. 37.

mento complessivo della lotta alla tratta di esseri umani.

In tale contesto, emerge l'esigenza che l'azione preventiva e di contrasto sia caratterizzata da un approccio globale, con iniziative sociali ed economiche, ricerche e campagne mediatiche rivolte alle potenziali vittime e che sia coordinato con altri pilastri quali protezione e repressione: si pensi, ad esempio, ad un modello di assistenza alle vittime tale da prevenire la re-vittimizzazione, con il nuovo coinvolgimento in attività criminali organizzate dai medesimi trafficanti, oltre che la tutela da azioni e sanzioni penali collegate a comportamenti commessi a causa della costrizione operata dai trafficanti¹⁹. In breve, la prevenzione deve risultare interconnessa con tutte le altre risposte alla tratta e quindi dovrà essere intrapresa in modo concertato e olistico, alla luce della sua complessità²⁰.

1.2. *La tutela delle vittime di tratta*

La parte dedicata alla tutela delle vittime è tra quelle rilevanti della direttiva antitratta, ma il quadro giuridico di riferimento si arricchisce con altre disposizioni che incidono sul riconoscimento e sull'esercizio dei loro diritti: vanno così considerate quella sul permesso di residenza²¹, la direttiva che riconosce diritti alle vittime di reato²², la direttiva istitutiva dell'ordine di protezione europeo²³, quella che riconosce diritti ai minori che siano vittime di abuso e sfruttamento sessuale e pornografia minorile²⁴, oltre ovviamente a quelle che compongono *l'acquis* dell'Unione sulla protezione internazionale²⁵.

¹⁹ Si guardi all'art. 8 della direttiva antitratta, cit., rubricato «Mancato esercizio dell'azione penale o mancata applicazione di sanzioni penali alle vittime».

²⁰ UNODC, *Toolkit to Combat Trafficking in Persons*, 2008, in particolare cap. 9, *Prevention of Trafficking in Persons*, p. 419 ss.

²¹ Direttiva 2004/81/CE, cit.

²² Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

²³ Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo.

²⁴ Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati (codificazione).

²⁵ In tal caso, ci si riferisce alla cd. direttiva qualifiche, direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su

La loro applicazione *ratione loci* non è omogenea, visto che queste disposizioni non si applicano alla Danimarca, mentre la direttiva sul permesso di residenza e quella sull'ordine di protezione europeo, così come l'*acquis* Dublino, non trovano applicazione nemmeno in Irlanda²⁶. La descritta situazione è solo in parte mitigata dall'adesione di tali Stati alla Convenzione di Varsavia e potrebbe portare a disuguaglianze e disparità di trattamento all'interno dell'Unione stessa, al punto da porre in discussione l'effettività della tutela, anche in considerazione dell'intera dimensione dell'assistenza di cui le vittime hanno bisogno per sopravvivere o fuggire dalle terribili condizioni in cui si trovano. Questo, a maggior ragione, se si pensa che l'accesso ai servizi ad esse dedicati, dovrebbe essere garantito incondizionatamente, al di là della nazionalità delle vittime o dello *status* relativo alla loro presenza nello Stato membro interessato. Previsto sul piano teorico, tale diritto potrebbe differire sul piano pratico, risentendo dell'origine delle vittime – se cittadini europei o meno – o, in questo secondo caso, della regolarità della loro posizione. In particolare, se si guarda alle vittime di tratta che abbiano la cittadinanza di uno Stato terzo, ad esse potrebbe applicarsi la direttiva sul permesso di residenza²⁷ che – tra gli altri – riconosce il diritto delle vittime di tratta a un “periodo di riflessione” (art. 11.6), pur senza precisarne la durata²⁸, una volta che si trovano in uno Stato membro e che risulta essenziale

uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione; ed alla cd. direttiva procedure, direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione).

²⁶ Diversamente, la direttiva sulla tratta e quella sui diritti delle vittime trovano applicazione sia nel Regno Unito che in Irlanda. Brexit ha inevitabilmente avuto conseguenze anche in questo settore, vista la cessazione della cooperazione tra autorità britanniche e agenzie quali Europol ed Eurojust. Sul punto, ad esempio, *Evaluation Report United Kingdom, Third evaluation round, Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings*, p. 19, www.rm.coe.int/greta-third-evaluation-report-on-the-united-kingdom/1680a43b36.

²⁷ Comunicazione della Commissione, del 13 maggio 2015, Agenda europea sulla migrazione, COM (2015) 240final; Joint Foreign and Home Affairs Council, 20 April 2015, *Ten Points Action Plan*; Consiglio dell'Unione europea, *Draft Council Conclusions on Smuggling*, 5481/1/16 REV1, 26 January 2016.

²⁸ Ai sensi dell'art. 6.1, seconda parte, «La durata e la decorrenza del periodo di cui al comma precedente vengono stabilite conformemente alla legislazione nazionale». Secondo la comunicazione della Commissione, del 17 ottobre 2014, sull'applicazione della direttiva 2004/81/CE riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione il-

per beneficiare di assistenza materiale, comprensiva delle risorse sufficienti per la sussistenza, oltre che dell'accesso a servizi medici, al supporto psicologico, ai servizi di traduzione e interpretazione e di assistenza e consulenza legale gratuita.

Non va però dimenticato che la direttiva 2004/81 ha per fine principale non tanto la protezione della vittima, quanto piuttosto la sua cooperazione con le autorità giudiziaria e/o di polizia nell'azione di contrasto alle reti criminali; pertanto, la cooperazione tra la vittima di tratta e le autorità nazionali va considerata come un elemento fondamentale al fine dell'ottenimento di un permesso di soggiorno nel paese. Una volta giunto al termine il periodo di riflessione, solo il rispetto delle condizioni di cooperazione consentirà il proseguimento della regolarità della posizione, facendone così emergere il carattere provvisorio, salvo non si applichino disposizioni europee o interne più favorevoli.

Gli aspetti critici che emergono dall'analisi del combinato disposto della direttiva 2004/81 con quella anti-tratta, sono di duplice grado: in primo luogo, allo scadere del periodo di riflessione, qualora la persona interessata decidesse di non cooperare con le autorità, e/o se il permesso al soggiorno nel territorio nazionale non venisse rinnovato, la persona potrebbe essere messa in condizione, per via volontaria o forzata, di dover lasciare lo Stato membro in cui si trova²⁹. Tale interpretazione non viene posta in discussione dalla stessa direttiva rimpatri³⁰ che, diversamente rispetto alle norme sull'ingresso, non prevede un limite all'allontanamento.

La seconda criticità è riconducibile alla mancanza di applicazione *ratione personae* della disposizione ai familiari della persona interessata: la cooperazione con la polizia o altri servizi investigativi potrebbe esporre a

legale che cooperino con le autorità competenti, COM (2014) 635final, punto 4, «Tredici SM prevedono almeno 30 giorni, in alcuni casi prorogabili per le categorie vulnerabili o in considerazione delle condizioni personali della vittima, mentre altri predispongono direttamente periodi più lunghi, di 45, 60 o 90 giorni. Vi sono notevoli differenze in termini di durata massima, che può andare da un mese senza proroghe anticipate a diversi mesi o può essere prorogata caso per caso, nonché per quanto concerne il tipo di status di soggiorno garantito».

²⁹ In tal caso, la persona interessata sarà rimpatriata salvo disposizioni nazionali più favorevoli: infatti, l'art.13.2 della direttiva sul permesso di residenza, «allo scadere del titolo di soggiorno rilasciato a norma della presente direttiva, si applica il diritto ordinario riguardante gli stranieri». In tal caso, il nuovo permesso non rientrerebbe nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e potrebbe anche essere limitato territorialmente.

³⁰ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

minacce o ritorsioni anche i famigliari delle vittime, rappresentando un serio ostacolo alla decisione di affrancarsi dall'organizzazione criminale che le tiene in ostaggio.

1.3. *La dimensione repressiva e la sanzionabilità delle persone giuridiche*

Il sistema delineato sul piano europeo, guidato dal bilanciamento tra necessità di disincentivare determinati comportamenti e rispetto del principio di proporzionalità, prevede la sanzione tanto nei confronti dei trafficanti, che nei confronti delle persone giuridiche cui essi fanno ricorso.

Una volta appurato il loro coinvolgimento, ed in aggiunta a quelle previste per le persone fisiche, troveranno applicazione le disposizioni di attuazione degli artt. 5 e 6 della direttiva 2011/36, su responsabilità e conseguenti sanzioni ad esse applicabili. In particolare, la norma ha obbligato gli Stati membri a provvedere affinché le persone giuridiche³¹ possano essere ritenute responsabili qualora abbiano tratto vantaggio dalla commissione dei reati costitutivi della tratta, a causa di mancata sorveglianza o mancato controllo da parte di soggetti con funzione di responsabilità, rendendo così possibile il verificarsi degli eventi. In particolare, le richiamate disposizioni prevedono che le misure adottate dagli Stati siano effettive, proporzionate e dissuasive, comprendendo “sanzioni pecuniarie penali o non penali” ed anche: a) l'esclusione dal godimento di benefici o aiuti pubblici; b) l'interdizione temporanea o permanente dall'esercizio di un'attività commerciale; c) l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria; d) provvedimenti giudiziari di scioglimento; e) la chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti che sono stati usati per commettere il reato³².

Infine, l'art. 7 include la possibilità di sequestrare e/o confiscare gli strumenti e i proventi dei reati; in tal caso, pur se non vi sono riferimenti espressi nel testo per ovvie ragioni cronologiche, risulterà opportuno guardare alla direttiva 2014/42, sul congelamento e la confisca dei beni³³.

³¹ Ai sensi dell'art.5.4 della direttiva, per persona giuridica si intende «qualsiasi ente che abbia personalità giuridica in forza del diritto nazionale applicabile, ad eccezione degli Stati o di altre istituzioni pubbliche nell'esercizio dei poteri pubblici e delle organizzazioni internazionali pubbliche».

³² L'art. 6 della direttiva è per l'appunto rubricato «Sanzioni applicabili alle persone giuridiche».

³³ Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea.

2. *Le novità in vista*

La riforma proposta dalla Commissione prevede l'adozione di una nuova direttiva, modificativa di quella attualmente in vigore e coerentemente fondata sull'art. 83 TFUE³⁴. Le novità possono essere riassunte in cinque punti, discussi dalle tre istituzioni, cui – come vedremo – ne andranno aggiunti altri due. Innanzitutto: i) tra le fattispecie comprese nella definizione di sfruttamento, che resterebbe comunque di carattere aperto, verrebbero incluse due nuove ipotesi quali matrimonio forzato e adozione illegale; inoltre, grazie al nuovo art. 2 *bis*, si introdurrebbe una nuova disposizione atta ad esplicitare il ricorso a tecnologie dell'informazione e della comunicazione per realizzare il disegno criminale; ii) quanto agli strumenti funzionali alla repressione del reato, si avrebbe la riformulazione degli artt. 6 e 7: in particolare, il nuovo art. 6 riguarderebbe le sanzioni applicabili alle persone giuridiche, mentre l'art. 7 il sequestro (o congelamento) e la confisca dei proventi del reato; iii) inoltre, nella parte dedicata alla prevenzione, l'inserimento del nuovo art. 18 *bis* porterebbe alla soppressione dell'art. 18.4: pur permanendo nella dimensione di prevenzione, andrà ad aggiungere l'obbligo di criminalizzare l'uso consapevole dei servizi delle vittime di tratta. Per conseguenza, l'impatto delle relative misure nazionali d'attuazione costituirà l'oggetto di una relazione quinquennale, prevista dal nuovo terzo comma dell'art. 23; iv) ancora, risulterebbe modificato l'art. 11, in particolare il comma 4, sui meccanismi nazionali di orientamento; mentre, v) il nuovo art. 19 *bis*, istituirebbe nuovi obblighi relativi alla raccolta di dati e statistiche.

La proposta della Commissione è stata oggetto di modifiche tanto stilistiche che sostanziali, avanzate in prima lettura da Consiglio e Parlamento; per chiarezza sistematica, in ogni paragrafo le modifiche introdotte dal Consiglio seguiranno la proposta iniziale della Commissione e saranno a loro volta seguite da quelle parlamentari.

Ai punti indicati va inoltre aggiunto l'emendamento parlamentare teso all'inserimento di una nuova disposizione (art. 11 *bis*) che, qualora accolto, muterebbe sensibilmente la parte della direttiva dedicata alla tutela delle vittime e il loro accesso alla protezione internazionale. Si tratterebbe dell'unica modifica sostanziale del testo predisposta da una sola istituzione e non prevista nell'originale versione della Commissione.

³⁴ COM (2022) 732final, cit.

2.1. I nuovi elementi volti ad integrare la definizione di tratta

L'integrazione della definizione di sfruttamento attualmente in essere porterà all'inserimento di matrimonio forzato e adozione illegale, tra le fattispecie richiamate dalla direttiva 2011/36. Vale la pena ricordare, senza tuttavia entrare in dettaglio, vista la finalità del lavoro, che la definizione di tratta di esseri umani ha un'articolazione complessa e fondata su tre elementi: l'atto, i mezzi e la finalità. In particolare, ai sensi dell'art. 2 della direttiva 2011/36, per atto si intende «il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone»; per mezzi si guarda a «la minaccia dell'uso o [...] l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, [...] il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o [...] l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra». Infine, atti e mezzi dovranno essere funzionali allo sfruttamento delle vittime; la norma ne fornisce una definizione aperta anche ad ipotesi non richiamate espressamente dalla norma: infatti, secondo il suo terzo comma «lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale³⁵, il lavoro o i servizi forzati³⁶, compreso l'accattonaggio, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù³⁷, lo sfruttamento di attività illecite o il prelievo di organi».

Visto che tale definizione non esaurisce le possibilità di applicare la norma ad ipotesi lì non elencate, la prospettata integrazione della definizione di tratta può trovare una triplice giustificazione che emerge dal documento di accompagnamento della proposta: il fatto che molti Stati membri abbiano recepito la direttiva includendo nella definizione esclusivamente le ipotesi dalla stessa previste o le autorità giudiziarie e di polizia non abbiano considerato alla pari le ipotesi non incluse nella norma, evitando quindi di guardare in modo esauriente alle caratteristiche dell'evento investigato; in secondo luogo, che la dimensione di genere è presente e tuttora prevalen-

³⁵ Per ciò che riguarda lo sfruttamento sessuale e la responsabilità degli Stati parte nel contrastare il fenomeno, si rinvia a Corte EDU 7 gennaio 2010, ric. n. 25965/04, *Rantsev/Cipro e Russia*.

³⁶ Sul punto si veda Corte EDU 17 dicembre 2012, ric. n. 4020/03, *M. e a. /Italia e Bulgaria*.

³⁷ Per la distinzione tra servitù e schiavitù, si rinvia a Corte EDU 26 luglio 2005, ric. n. 73316/01, *Siliadin/Francia*.

te, con donne e bambine a costituire l'ampia maggioranza di vittime³⁸; infine, che l'integrazione va letta anche alla luce dell'aumento delle ipotesi di sfruttamento diverse da quelle riconducibili alla sfera sessuale o lavorativa³⁹, tutt'ora complessivamente prevalenti.

La proposta della Commissione è condivisa dal Consiglio che, tuttavia, propone un emendamento diretto a modificarne la collocazione, dando l'impressione di un collegamento con la dimensione di genere, pur se la Commissione e alcune rappresentanze diplomatiche⁴⁰ sembravano guardare piuttosto all'aumento delle ipotesi di sfruttamento diverse da quello sessuale o lavorativo⁴¹.

Il Parlamento europeo ha invece emendato la proposta della Commissione includendovi anche i richiami alla maternità surrogata ai fini di sfruttamento riproduttivo (*surrogacy for reproductive exploitation*), allo sfruttamento dei minori «in residential and closed-type institutions» e al reclutamento dei minori ai fini della partecipazione o della commissione di attività criminali. In merito a quest'ultima ipotesi, va notato che – nella prospettiva della tutela dei minori – diverrebbe inevitabilmente più ampia di quella relativa all'accattonaggio e attualmente presente nella definizione; quest'ultima, comunque, non verrebbe sostituita perché continuerebbe ad includere tutte le vittime di tratta sfruttate con quella finalità, inclusi gli adulti che, invece, non sarebbero riguardati dalla nuova integrazione.

Una seconda innovazione verrebbe dal nuovo art. 2 *bis*, secondo il quale le misure nazionali d'attuazione dovranno includere anche le ipotesi di tratta verificatesi per mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Appare evidente che tale proposta sia conseguenza dell'accresciuta consapevolezza dell'evoluzione del fenomeno grazie alla dimensione tecnologica, sia dal punto di vista del reclutamento, che dal punto di vista delle prestazioni richieste⁴². In merito, vale la pena osservare come sia stato notato un incremento di alcune tipologie di sfruttamento a partire dagli eventi pandemici

³⁸ Come osservato in precedenza, il numero di donne e bambine è superiore ai due terzi delle vittime e pari precisamente al 68,4%.

³⁹ COM (2022) 732final, cit., p. 5.

⁴⁰ Si pensi alla posizione del Senato di Romania, del 7 aprile 2023, trasmessa con documento del 18 aprile 2023, n. 8407/23.

⁴¹ COM (2022) 732final, cit., p. 5.

⁴² UNODC, *Global Report On Trafficking In Persons 2022*, pp. 70-72; sul punto anche OSCE and Tech Against Trafficking, *Leveraging innovation to fight trafficking in human beings: A comprehensive analysis of technology tools*, May 2020.

che hanno avuto inizio nel 2020⁴³: si pensi, ad esempio, allo sfruttamento sessuale oltre che a quello lavorativo col reclutamento a mezzo di piattaforme telematiche.

La funzione del nuovo articolo potrebbe essere semplificatoria, rispetto a potenziali conflitti di interpretazione, da non escludere proprio a causa dell'attuale silenzio della norma sul punto; tuttavia, va osservato che – seppur facilitatrice dell'azione di contrasto e maggiormente orientata alla chiarezza – la descritta novità andrebbe a cristallizzare una situazione già in essere. È probabilmente questa la ragione che ha portato il Consiglio a cassare completamente la proposta, sostenendo che le fattispecie contenute fossero già comprese nella definizione esistente e, pertanto, non ravvisando la necessità di una disposizione chiarificatrice⁴⁴.

2.2. Sugli strumenti utili alla repressione del reato

Spostando la nostra attenzione sulla responsabilità delle persone giuridiche, e sugli strumenti sanzionatori nei loro confronti, la completa sostituzione degli artt. 6 e 7, relativi, rispettivamente, alle sanzioni loro applicabili e a sequestro (o congelamento) e confisca dei proventi del reato, sembra modificare il tenore della direttiva.

Il nuovo art. 6 andrà a rafforzare le misure utilizzabili nei confronti delle persone giuridiche usate dai trafficanti; la proposta della Commissione introduce la portata obbligatoria – in sostituzione della dimensione facoltativa⁴⁵ – della previsione di sanzioni pecuniarie (penali e non penali) che, secondo il comma 3, dovranno essere effettive, proporzionate e dissuasive; ad esse si aggiungeranno – se del caso – «a) l'esclusione dal godimento di benefici, aiuti o sovvenzioni pubblici; e la b) chiusura temporanea o permanente dei locali usati per commettere il reato». Inoltre, al verificarsi delle circostan-

⁴³ UNODC, *The effects of the COVID-19 pandemic on trafficking in persons and responses to the challenges. A global study of emerging evidence*, 2021, in particolare capitoli 4 e 5.

⁴⁴ Documento del Consiglio, n. 10350/23, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims – General approach*, 9 June 2023.

⁴⁵ «Il regime facoltativo di sanzioni applicabili alle persone giuridiche attualmente in vigore e la misura in cui esso è recepito e applicato negli Stati membri non rendono sufficientemente raggiungibili gli obiettivi della direttiva antitrattra. Pur continuando a garantire che le sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive, la presente proposta mira a rafforzare la risposta, sul piano della giustizia penale, ai reati di tratta commessi a vantaggio di persone giuridiche sostituendo il regime facoltativo di sanzioni con due regimi obbligatori diversi applicabili ai reati semplici e ai reati aggravati», COM (2022) 732final, cit., p. 2.

ze aggravanti di cui all'art. 4.2, dovranno – all'entrata in vigore della norma – applicarsi sanzioni quali: «a) l'interdizione temporanea o permanente dall'esercizio di un'attività commerciale; b) l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria; c) provvedimenti giudiziari di scioglimento»

Tuttavia, non è facile cogliere la portata innovativa della disposizione per due ragioni: innanzitutto, la lettera dell'art. 6 attualmente in vigore non fa emergere chiaramente il suo carattere facoltativo; confrontandola con quella attualmente in vigore, la prima parte della nuova disposizione proposta risulterebbe immutata mentre, il riferimento ad effettività, dissuasività e proporzionalità, verrebbe ora inserito nel terzo ed ultimo paragrafo. Dirimente risulta, quindi, l'analisi della seconda parte attualmente in essere, che guarda alla possibilità, lasciata alla discrezione statale, di prevedere ulteriori misure sanzionatorie quali: a) l'esclusione dal godimento di benefici o aiuti pubblici; b) l'interdizione temporanea o permanente dall'esercizio di un'attività commerciale; c) l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria; d) provvedimenti giudiziari di scioglimento; e) la chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti che sono stati usati per commettere il reato.

Da un lato, quindi, la discrezionalità lasciata agli Stati sembra effettivamente venire meno, pur se l'inciso – se del caso – lascia aperto un certo margine di incertezza. Dall'altro, va osservato che, se nella norma esistente le tipologie di sanzioni individuate riguardano tutte le ipotesi di responsabilità delle persone giuridiche, la nuova ipotesi andrà a distinguere tra disposizioni applicabili in generale ed altre cui far ricorso solo se sussistente la circostanza aggravante di cui all'art. 4.2, per aver commesso il reato nei confronti di minori; ovvero averlo commesso nel contesto di un'organizzazione criminale; ovvero qualora la vita della vittima sia stata volontariamente posta in pericolo o ciò sia avvenuto per colpa grave; infine, qualora il reato sia stato commesso ricorrendo a violenze gravi o sia stato gravemente pregiudizievole della vittima.

Il nuovo art. 7, invece, pur continuando ad affermare l'obbligo di prevedere misure nazionali per reperire, gestire, congelare e confiscare proventi di reato e beni strumentali alla commissione dello stesso, provvede ad inserire un esplicito rinvio alla disposizione su recupero e confisca dei beni, auspicando che – al momento dell'approvazione della modifica della direttiva antitratta – sia entrato in vigore il testo della nuova direttiva sul recupero e la confisca dei beni⁴⁶. Il nuovo testo, che non muterebbe nella sostanza l'ob-

⁴⁶ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 2022, riguardante il recupero e la confisca dei beni, COM (2022) 245final, la cui adozione andrebbe nell'ottica di migliorare la lotta contro la criminalità organizzata, che «richiede che siano

bligio già esistente in capo agli Stati membri, porterebbe ad una maggiore trasparenza e chiarezza circa le altre disposizioni dell'Unione che, sul punto, andrebbero a costituire un riferimento per gli obbligati.

La posizione del Consiglio è differente non tanto dal punto di vista della responsabilità delle imprese (art. 6), poiché gli emendamenti sembrano guardare all'obiettivo di una maggiore scorrevolezza e leggibilità del testo, quanto per la proposta abrogazione dell'art. 7, sul sequestro e la confisca dei beni che risultano essere strumenti e proventi del reato, giustificata dalla presunta obsolescenza della disposizione, che però la Commissione intendeva – ancora una volta – attualizzare e rendere coerente con l'impianto normativo ora in essere. La distinzione appare, però, simbolica perché la proposta consiliare non riguarda il richiamo presente nelle motivazioni della dir. 2011/36 e perché, in ogni caso, dette disposizioni restano uno strumento decisivo per aggredire i patrimoni dei trafficanti, al di là della menzione espressa nel testo⁴⁷.

Il Parlamento europeo sembra invece condividere l'impostazione della Commissione, e si limita ad integrare il testo del proposto art. 6 con l'esclusione dalla partecipazione ad appalti pubblici, oltre che la restituzione di forme di sostegno economico di natura pubblica ottenuti nei dodici mesi precedenti la commissione degli atti criminali contestati. L'emendamento relativo all'art. 7, invece, inserirebbe un secondo comma, inclusivo dell'obbligo di assicurare che quanto sequestrato e confiscato sia destinato in via prioritaria al supporto delle vittime, con anche la possibilità di operare una compensazione diretta nei loro confronti, oltre che al loro utilizzo per rafforzare le attività di contrasto.

disponibili misure di congelamento e di confisca che interessino i profitti derivanti da tutte le sfere di criminalità in cui sono attivi tali gruppi»; tra di essi, anche quelli collegati alla tratta di esseri umani (considerando n. 9).

⁴⁷ In particolare, la direttiva 2014/42/UE, cit., all'art. 3, riferisce espressamente alla direttiva antitratta nell'individuazione del proprio ambito di applicazione; parimenti, la decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, in particolare all'art. 3; la cosa, invece, non avviene nella decisione quadro 2001/500/GAI del Consiglio, del 26 giugno 2001, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, che comunque riceverà applicazione per il richiamo generale dell'art. 7 della direttiva antitratta, nella versione attualmente in vigore. Non solo: la proposta di direttiva sul recupero e confisca dei beni, cit., ora in discussione, includerebbe espressamente (art. 2) la lotta alla tratta di esseri umani nell'ambito di applicazione della norma.

2.3. *La criminalizzazione dell'uso consapevole dei servizi delle vittime di tratta*

Una delle innovazioni di maggior rilievo riguarderebbe l'inserimento dell'art. 18 *bis* in sostituzione dell'art. 18.4, che prevede l'obbligo di considerare l'adozione di misure idonee a punire l'uso consapevole dei servizi delle vittime di tratta e che, come ribadito nella strategia 2021-2025⁴⁸, non ha portato all'istituzione di strumenti idonei ed omogenei negli Stati membri. Anzi, in alcune circostanze questo è stato predisposto solo e soltanto per alcune ipotesi, ponendo a rischio l'effettivo raggiungimento dell'obiettivo della medesima direttiva; infatti, non è particolarmente difficile cogliere l'importanza di un'azione ambivalente, poiché riconducibile tanto alla prevenzione che alla repressione e idonea ad incidere sulla domanda⁴⁹.

La mancata previsione di misure sanzionatorie per gli sfruttatori delle vittime che non sono trafficanti rappresenta una debolezza intrinseca di questa parte e sembra ignorare che il legame tra sfruttamento e profitti non è limitato alle organizzazioni criminali, ma coinvolge anche soggetti e imprese che agiscono apparentemente nella legalità⁵⁰.

Come sottolineato dalla Commissione, l'assenza di criminalizzazione dell'uso consapevole dei servizi di una persona trafficata, ne rende meno efficace il contrasto globale; al contempo, la valutazione dell'inserimento di tale disposizione nella direttiva non deve far però dimenticare le perplessità sorte con riguardo al campo dello sfruttamento sessuale, riconducibili anche al dibattito tra opportunità di seguire o meno il modello nordico nel contrasto alla prostituzione⁵¹. In alcuni Stati, la legalità riconosciuta all'esercizio della prostituzione porta ad interrogarsi sulle conseguenze che potrebbero

⁴⁸ COM (2021) 171final, cit.

⁴⁹ C. VILLACAMPA ESTIARTE, *The European Directive on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings and the Victim-Centric Treatment of this Criminal Phenomenon*, in *European Criminal Law Review*, vol. 2, n. 3, December 2012, pp. 291-318, spec. p. 306 ss.

⁵⁰ Relazione della Commissione, del 2 dicembre, 2016, che valuta l'impatto sulla prevenzione della tratta di esseri umani, della legislazione nazionale vigente che incrimina l'utilizzo di servizi che costituiscono oggetto dello sfruttamento legato alla tratta, in conformità all'articolo 23, paragrafo 2, della direttiva 2011/36/UE, COM (2016) 719final, in particolare p. 9.

⁵¹ Sul punto N. PERSAK, G. VERMEULEN, *Reframing Prostitution. From discourse to description, from moralisation to normalisation?*, Antwerp, 2014; S. L. J. KRAGTEN-HEERDINK, C. E. DETTMEIJER-VERMEULEN, D. J. KORF, *More Than Just "Pushing and Pulling": Conceptualizing Identified Human Trafficking in the Netherlands*, in *Crime & Delinquency*, n. 64, 2018, pp. 1765-1789; I. VANWESENBEECK, *The Making of "The Trafficking Problem"*, in *Arch Sex Behav*, n. 48, 2019, pp. 1961-1967.

derivare da norme del tipo di quella descritta, prestando anche attenzione al rischio di porre le stesse vittime in una posizione di ulteriore vulnerabilità⁵².

In realtà, si possono ravvisare almeno due ragioni per sottolineare la bontà dell'iniziativa della Commissione, senza tuttavia dimenticare che solo un approccio olistico – che, ad esempio, includa misure dirette ad una più semplice regolarizzazione lavorativa – potrà comportare effetti positivi nell'azione di contrasto alla tratta di persone⁵³. Da un lato, il modello applicato in questo caso è esteso a tutte le attività caratterizzate dallo sfruttamento di persone, idoneo ad integrare – assieme alla presenza delle altre condizioni richieste – la definizione di tratta, siano esse o meno legalizzate e/o riconosciute dall'ordinamento giuridico degli Stati membri. Esattamente come nel caso del caporalato o dello sfruttamento lavorativo in agricoltura, inseriti in attività legali, non sembra vi siano ostacoli idonei a ritenere che tale schema o modello non possa essere preso in considerazione per lo sfruttamento per ragioni sessuali. In secondo luogo, il dibattito sulla legalizzazione della prostituzione o, persino quello sulla non criminalizzazione, inclusi i diritti eventualmente riconoscibili ai lavoratori ed alle lavoratrici del sesso, rischia di sovrapporsi a quello sulle misure da adottare per contrastare la tratta di esseri umani ma, in realtà, l'interesse comune diretto a salvaguardare i diritti di chi rimane nella legalità, oltre che a quelli delle vittime, dovrebbe vedere nel contrasto a tale forma di sfruttamento uno strumento da sostenere affinché la medesima legalità sia rafforzata. Infine, non va ignorata la coerenza di questa proposta con la risoluzione del Parlamento europeo sulla prostituzione che sostiene la necessità di ridurre e scoraggiare la domanda, ritenendo anche che «tale aspetto debba essere ulteriormente sviluppato nell'ambito della revisione della direttiva anti-tratta dell'UE»⁵⁴.

La versione consiliare non muta nella sostanza la proposta della Commissione, salvo ribadire la necessità di prevedere l'intenzionalità della con-

⁵² Tra i contrari alla descritta criminalizzazione, si guardi La Strada International, *The Impact of Criminalising the 'Knowing Use' on Human Trafficking*, Policy Paper, December 2022.

⁵³ In tal senso va letta N. VUOLAJÄRVI, *Criminalising the Sex Buyer: Experiences from the Nordic Region*, Center for Women, Peace, Security, London School of Economics, in *Policy Brief*, n. 6, 2022.

⁵⁴ Risoluzione del Parlamento europeo, del 14 settembre 2023, sulla regolamentazione della prostituzione nell'UE: implicazioni transfrontaliere e impatto sull'uguaglianza di genere e sui diritti delle donne (2022/2139(INI)), in particolare punto 14 ss. Nella medesima direzione, pur se con toni più attenuati, sembra andare la risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, dell'8 aprile 2014, *Prostitution, trafficking and modern slavery in Europe*, 1983 (2014)final.

dotta e la consapevolezza della condizione di vittima in cui versa la persona fornitrice dei servizi. Inoltre, in ausilio all'interprete è la lettera del considerando (n. 9), secondo il quale la criminalizzazione non dovrà riguardare i consumatori, ovvero coloro che sono acquirenti finali di beni prodotti in condizioni di sfruttamento lavorativo, poiché – diversamente dai titolari delle attività produttive – non appaiono come beneficiari dei servizi e nemmeno parti attive in processi produttivi, visto l'inesistente capacità di controllo.

Diversa appare invece la posizione del Parlamento europeo, che al testo della disposizione aggiunge alcuni paragrafi (1 *bis* e 1 *ter*) che riflettono un'impostazione di altro tipo rispetto a quella di Commissione e Consiglio e che modificherebbe sostanzialmente quanto proposto dalla prima. Infatti, il paragrafo 1 verrebbe dedicato solo alla criminalizzazione de «l'uso di servizi di persone oggetto dello sfruttamento della prostituzione altrui o di altre forme di sfruttamento sessuale», mentre il successivo 1 *ter* dovrebbe prevedere la criminalizzazione delle ipotesi ricadenti in tutti gli altri casi di sfruttamento «quando l'utilizzatore sapeva o avrebbe potuto ragionevolmente sapere che la persona era vittima di tale sfruttamento». È evidente il differente tenore della norma, che all'art. 1 *ter* richiama espressamente la consapevolezza della situazione in cui si trova la persona sfruttata, mentre detta precisazione non è prevista al primo comma. L'interpretazione di quest'ultimo paragrafo sembrerebbe dunque orientarsi verso la presunzione di responsabilità evidentemente collegata alla peculiarità del contesto.

Infine, il paragrafo 1 *bis*, lascerebbe agli Stati membri la possibilità di criminalizzare *tout court* coloro che «richiedano, accettino o ottengano un atto sessuale da una persona in una situazione di prostituzione in cambio di un compenso, della promessa di un compenso, della fornitura di un vantaggio in natura o della promessa di un simile vantaggio».

Vale la pena precisare che anche in tal caso la norma è solo apparentemente di facile lettura perché, *prima facie*, sembra diretta al contrasto della prostituzione in sé. Tuttavia, una sua interpretazione aderente al testo del TFUE, limiterebbe la sua applicazione alle ipotesi in cui sia ravvisabile lo sfruttamento. L'art. 83, par. 1, TFUE, infatti, non include la prostituzione tra le sfere di criminalità considerate, bensì – assieme alla tratta – lo sfruttamento sessuale di donne e minori. Nel testo proposto, così come nella relazione ad esso introduttiva, non vi sono indicazioni sul punto; in soccorso, potrebbe giungere la proposta di direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica⁵⁵ che, invece, dedica una parte della rela-

⁵⁵ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, sulla lotta alla violenza

zione all'individuazione della base giuridica. In quel caso, lo sfruttamento sessuale viene inteso come «qualsiasi abuso, effettivo o tentato, di una condizione di vulnerabilità, di uno squilibrio di poteri o di fiducia, ivi incluso, ma non solo, il fatto di trarre un vantaggio monetario, sociale o politico da un atto sessuale con un'altra persona». Ed ancora, si riferisce lo sfruttamento «all'acquisizione di potere o di dominio su un'altra persona a fini di gratificazione sessuale». Alla luce di ciò, si potrebbe discutere tanto il significato così prefigurato dalla Commissione che – comunque – il fatto che la prostituzione possa rientrare sempre in tale fattispecie.

Evidentemente, vista la lettera della proposta che andrebbe ad incidere sulla disposizione anti-tratta ora in vigore, la scelta rimarrà in capo agli Stati membri, anche in virtù dei diversi modelli di gestione del fenomeno. Tuttavia, qualora le ipotesi riconducibili alla prostituzione guardassero solo e soltanto allo sfruttamento, andrebbe osservata una sovrapposizione tra i paragrafi 1 e 1 *bis* circa i comportamenti da contrastare.

2.4. Sui meccanismi nazionali di orientamento

La sostituzione, invece, dell'art. 11.4, che prevede l'istituzione di meccanismi nazionali di orientamento, avrà un impatto più limitato e andrà inserita nell'ambito della prevenzione, guardando ad un duplice livello: una dimensione statale, poiché il coordinamento nazionale delle attività poste in essere a beneficio delle vittime di tratta dovrebbe garantire l'omogeneità sul territorio nazionale ed una più rapida identificazione delle vittime, in quanto tali, e dei bisogni da esse maturate; una dimensione europea, perché le attività dei coordinatori nazionali potranno essere più facilmente riportate al coordinatore europeo anti-tratta, che sarà così nella posizione di individuare per tempo eventuali criticità, ma anche buone pratiche eventualmente condivisibili. Proprio dal mandato del coordinatore anti-tratta si può dedurre con maggiore precisione quello di chi agirà sul piano nazionale.

Il coordinatore anti-tratta ha il compito di garantire che l'azione europea abbia un approccio olistico e si sviluppi con un carattere globale e multidisciplinare, prendendo in considerazione non solo le azioni proprie della cooperazione penale, ma anche altre dimensioni di natura politica quali quelle riconducibili alle relazioni esterne, alla politica dello sviluppo, agli affari sociali ed all'impiego, all'educazione, alla salute, all'uguaglianza di ge-

nere ed alla non discriminazione⁵⁶, settori che non sempre richiedono misure di natura cogente. Tali compiti vanno dunque letti in stretta connessione e cooperazione con quelli svolti dai relatori nazionali. Al di là della necessità di garantire una visione complessiva del fenomeno criminale, la genesi della disposizione va individuata anche nel tentativo di superare gli ostacoli allo sviluppo di un'efficace azione europea manifestatisi negli anni⁵⁷.

La posizione del Consiglio in prima lettura emenda la proposta prevedendo un più alto numero di meccanismi di *referral* nazionali, finalizzati alla rapida identificazione delle vittime, oltre che più *focal point* impegnati nel *referral* frontaliero. La prima disposizione sembra tradire la confusione tra il meccanismo e l'attività di coordinamento, con il coordinatore che dovrebbe rappresentare il punto di contatto anche per il coordinatore anti-tratta e per la Commissione europea; la seconda, invece, risulta coerente alla luce delle programmate riforme, tese a render obbligatoria la procedura di frontiera⁵⁸, con la compressione dei tempi e soprattutto dei diritti da essa derivanti.

Una distinzione che scompare dal testo parlamentare, che si limita all'inserimento dei meccanismi nazionali di *referral*, diretti ad individuare, identificare e assistere le vittime, assieme all'istituzione di un *national focal point* dedicato al coordinamento di tali attività. Non è chiaro, però, se detta figura possa ritenersi riconducibile a quella del coordinatore antitratta che, a sua volta, dovrebbe vedersi riconosciuto un più ampio *portfolio* di competenze.

2.5. I nuovi obblighi relativi alla raccolta di dati e statistiche

Proprio l'attività del coordinatore europeo è oggetto del nuovo art. 19 *bis* della proposta di modifica della direttiva anti-tratta, che esplicita gli obblighi relativi alla raccolta di dati e statistiche concernenti il fenomeno della tratta, individuando tanto un contenuto minimo di elementi da comunicare annualmente alla Commissione europea, che un vero e proprio obbligo di conferimento di dati, sino ad ora non previsto, pur se l'attività era già in essere. Una volta entrata in vigore la norma, un'eventuale mancata colla-

⁵⁶ Comunicazione della Commissione, del 19 giugno 2012, La strategia dell'UE per l'eradicazione della tratta degli esseri umani (2012-2016), COM (2012) 286final.

⁵⁷ M. G. GIAMMARINARO, *La direttiva 2011/36 sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *DIC*, n. 1, 2012, pp. 15-33, spec. p. 31.

⁵⁸ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2020, che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817, COM (2020) 612final.

borazione potrebbe integrare la fattispecie dell'inadempimento, sì da non potersi escludere il ricorso alla procedura d'infrazione e ad una successiva azione per via giurisdizionale.

Sul punto, vi è l'ennesima distinzione del Consiglio che ha ritenuto di emendare tanto la disposizione sull'entrata in vigore della norma (due anni al posto di uno), che quella che collegava alla sua entrata in vigore l'obbligo di raccolta ed informazione sui dati: si farà riferimento ad un unico termine che imporrà agli Stati membri l'attuazione della direttiva entro due anni dalla sua entrata in vigore.

Nell'interpretazione di questa disposizione, quindi focalizzando l'attenzione sui dati da prendere in considerazione, si dovrà invece guardare al considerando (n. 10), secondo il quale «Member States are encouraged to maintain the granularity of annual data collection introduced in 2022, based upon the guidelines agreed between the Member States and EUROSTAT, which has produced the statistics used for the report pursuant to Article 20 of Directive 2011/36/EU as well as for the annual United Nations Office on Drugs and Crime Global Report on Trafficking in Persons».

In particolare, con riferimento a quest'ultimo richiamo, non si potrà ignorare il recente *textbook*, frutto del lavoro congiunto di IOM e UNODC, dedicato proprio alla metodologia sulla raccolta di dati relativi alla tratta di persone⁵⁹. Non può sfuggire, in tal caso, la modifica consiliare che elimina la specifica della disaggregazione per i dati relativi alle vittime, d'interesse soprattutto ad uso preventivo, lasciandoli, invece, per tutte le altre voci. Appare evidente che le eventuali chiarificazioni dovranno anche guardare al *textbook*, con l'obiettivo di rendere uniformi i dati e ottimizzandone quindi il conferimento.

2.6. La dimensione relativa alla protezione

Come noto, alle vittime di tratta non è riconosciuta la protezione internazionale per il solo fatto di essere tali⁶⁰: l'art. 11.6 della direttiva 2011/36 si

⁵⁹ IOM-UNODC, *International Classification Standard for Administrative Data on Trafficking in Persons*, ICS-TIP. Working Version, 2023.

⁶⁰ Tra gli altri, J.-P. GAUCI, *Protecting Trafficked Persons through Refugee Protection*, in *Social Sciences*, n. 11, 2022, pp. 294-313; J. C. HATHAWAY, *The Human Rights Quagmire of Human Trafficking*, in *Virginia Journal of International Law*, n. 49, 2008, pp. 1-59; A. T. GALLAGHER, *Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway*, in *Virginia Journal of International Law*, n. 49, 2009, pp. 789-848.

Sulle possibilità di accedere al Sistema di protezione, si richiama F. NICODEMI, *Le vittime*

limita a prevedere l'obbligo di fornire agli interessati anche le informazioni relative alla possibilità di accedere alla protezione internazionale ed alle relative procedure⁶¹. Invece, l'art. 20.3 della direttiva qualifiche⁶², nella versione attualmente in vigore, include le vittime di tratta tra i soggetti vulnerabili, la cui specifica situazione dovrà essere presa in considerazione ai fini della valutazione di una eventuale domanda d'asilo. In un quadro di questo tipo, è inevitabile sottolineare l'importanza dell'interpretazione giurisprudenziale: infatti, non si può ignorare che, nel corso del tempo, sempre più giudici si sono espressi per il riconoscimento di una delle forme di protezione internazionale previste dall'ordinamento interno. Un percorso inizialmente focalizzato soprattutto sulle vittime di sfruttamento a sfondo sessuale, ma che si è poi consolidato estendendosi anche ad altre forme rilevanti, quali ad esempio quello lavorativo⁶³.

In questo contesto, un emendamento del Parlamento europeo propone l'inserimento del nuovo art. 11 *bis*, rubricato «vittime della tratta che necessitano di protezione internazionale»: una disposizione il cui carattere innovativo deriverebbe dall'esplicito richiamo a livello normativo, più che dalla sua formulazione di per sé, posto che i profili considerati sono – per l'appunto – di derivazione giurisprudenziale.

della tratta di persone nel contesto della procedura di riconoscimento della protezione internazionale. quali misure per un efficace coordinamento tra i sistemi di protezione e di assistenza?, in *DIC*, n. 1, 2017, pp. 1-29, che sottolinea l'importanza del coordinamento tra il sistema della protezione internazionale ed il sistema dedicato alla tutela delle vittime di tratta.

⁶¹ Si veda *ex multis*, M. G. GIAMMARINARO, F. NICODEMI, *L'edizione aggiornata delle linee guida su "L'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedure di referral*, in *Questione giustizia*, 18 maggio 2021.

⁶² Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione).

⁶³ In merito si veda P. F. POMPEO, *Protezione internazionale e vittime di tratta. Valutazione di credibilità, dovere di cooperazione istruttoria e forme di protezione*, in *Diritti senza confini*, in *Questione Giustizia*, 2022, www.questionegiustizia.it/articolo/protezione-internazionale-e-vittime-di-tratta.

Quanto alle pronunce giurisdizionali, una parziale ricognizione limitata al giudizio di legittimità consente di osservare come, in Italia, la Corte di Cassazione abbia chiarito che l'adeguata tutela delle vittime di tratta richieda innanzitutto la valutazione della sussistenza dei requisiti per il riconoscimento della protezione internazionale (ord. 12 gennaio 2022, n. 676/22), onere in capo al giudice al di là dell'azione della parte interessata (ord. 12 maggio 2020, n. 8819).

In primo luogo, verrebbe imposto agli Stati membri di garantire il rispetto del principio di *non refoulement*, sul quale non potranno influire le eventuali irregolarità della modalità di ingresso sul territorio. Pur se richiamato già dal considerando (n. 10) della direttiva antitratta attualmente in vigore, l'esigenza di inserirlo espressamente nell'articolato potrebbe derivare dal fatto che, nella pratica, le vittime di tratta, soprattutto se prive della cittadinanza dell'Unione europea, sono esposte al rischio di rimpatrio qualora non venga loro riconosciuto un titolo a rimanere nello Stato membro, con correlato rischio di vittimizzazione secondaria. In secondo luogo, emerge l'esigenza di rafforzare la possibilità di accedere alla protezione internazionale anche qualora le vittime dovessero essere avviate al percorso teso a riconoscere il diritto all'assistenza, al sostegno e, più in generale, alla tutela *ex art. 11*. Dalla norma prospettata si può ricavare che, l'eventuale scelta statale di separare i sistemi a livello organizzativo ed assistenziale, non dovrà influenzarne l'accesso e che tali opzioni non potranno comunque essere considerate come alternative l'una all'altra. In tal senso va letto il comma 4, secondo il quale andranno garantiti complementarità e coordinamento tra i sistemi di protezione internazionale e le procedure per la protezione delle vittime della tratta, anche a mezzo di meccanismi di orientamento adeguati ed efficaci tra le autorità coinvolte nelle attività anti-tratta e quelle responsabili del riconoscimento della protezione internazionale.

Ma sarebbe soprattutto il comma successivo ad andare oltre la natura di norma minima della direttiva attualmente in vigore, visto il suo particolare dettaglio. Infatti, nella definizione dei compiti dei meccanismi nazionali di orientamento, non si limita alla loro individuazione – stretta cooperazione e definizione di protocolli per garantire assistenza, sostegno e protezione – ma specifica gli elementi da prendere in considerazione per il riconoscimento della protezione internazionale, quali sono le circostanze individuali della vittima, guardando alle possibili discriminazioni subite e basate su motivi di genere, sesso, razza o origini etniche, disabilità, età, orientamento sessuale, identità di genere, espressione di genere e caratteristiche sessuali, ovvero su di una combinazione di tali motivi.

Insomma, pur senza esplicitare un diritto alla protezione internazionale (quale che sia la forma) delle vittime di tratta in quanto tali, si andrebbero a fornire gli strumenti per il suo riconoscimento, rendendo ancor più concreta la possibilità che ciò abbia luogo e – al contempo – più difficile la sua negazione.

Infine, il pilastro relativo alla protezione si potrebbe arricchire di due

ulteriori disposizioni⁶⁴: la prima, introdotta dal nuovo art. 11 *bis*, collegerebbe la protezione internazionale delle vittime di tratta al principio del mancato esercizio dell'azione penale o della mancata applicazione di sanzioni penali nei loro confronti ai sensi dell'art. 8; la seconda, art. 11 *bis*, idonea ad integrare la parte relativa al beneficio di alcuni diritti indipendentemente dalla cooperazione con le forze di polizia, obbligherebbe gli Stati membri a rendere ancor più chiaro ed esplicito, soprattutto nella pratica, che la valutazione delle domande di protezione internazionale delle vittime della tratta non va vincolata a volontà o capacità della vittima di collaborare con le autorità preposte alle indagini o con l'autorità giudiziaria.

Ad ogni modo, l'interprete non potrà ignorare il richiamo finale, alla luce del quale dovranno essere «fatte salve la direttiva 2004/81/CE o disposizioni del diritto nazionale che la recepiscono», e la possibilità che, in tal modo, quanto affermato dall'articolo, possa paradossalmente essere rimosso in discussione. Del resto, non si può scordare che la medesima clausola è attualmente presente all'art. 11.3, che, pur prevedendo che assistenza e sostegno alla vittima non siano subordinati alla volontà di quest'ultima di collaborare nel corso delle indagini, col richiamo di pari tenore alla direttiva 2004/81, ha posto in discussione la posizione ed il beneficio dei diritti soprattutto da parte delle vittime prive di cittadinanza europea.

3. Conclusioni

Compiendo un bilancio complessivo dell'azione della Commissione, si può affermare che la proposta diretta a modificare la direttiva antitratta vada valutata con favore.

Le modifiche proposte alla definizione di tratta prendono in considerazione alcuni aspetti riscontrati recentemente e che consentono una maggiore attenzione a natura e poliedricità del fenomeno. Al contempo, l'eventuale eliminazione della specificazione collegata all'uso tecnologico, potrebbe depotenziare il contrasto alle nuove forme del reato pur se – sul piano teorico

⁶⁴ Entrambe sono contenute nella riformulazione dell'art. 8 proposta dal Parlamento. Si veda la relazione della Commissione LIBE, del 10 ottobre 2023, sulla proposta di direttiva 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 (COM (2022) 0732 – C9-0431/2022 – 2022/0426(COD)), A9-0285/2023. In particolare, per la prima si guardi al proposto art. 11 *bis*; per la seconda, invece, al nuovo testo dell'art. 8, paragrafo 2.

– nulla dovrebbe cambiare stante la natura non tassativa della disposizione della direttiva e del riferimento alla finalità dello sfruttamento e non alla tipologia di strumento utilizzato per il medesimo.

Di sicuro rilievo risulterebbe la previsione della criminalizzazione degli utilizzatori delle vittime seppur non trafficanti. In tal caso, si andrebbe evidentemente a colpire quello che è considerato il carburante in un ipotetico triangolo ove questi si aggiungerebbero ai trafficanti stessi e alle vittime di tratta.

Con riferimento alla protezione di queste ultime, infine, assume rilievo l'emendamento parlamentare che preciserebbe le condizioni e gli elementi da prendere in considerazione per l'accesso ad una delle forme di protezione internazionale. Una norma che, in pratica, recepirebbe i principi derivanti dalle pronunce giurisprudenziali che nel corso degli anni hanno riconosciuto progressivamente l'accesso al rifugio per le vittime di tratta, individuate comunque dalla direttiva qualificherebbe tra i soggetti la cui vulnerabilità è da considerare.

Va invece criticato il possibile ridimensionamento del richiamo espresso alle disposizioni relative alle imprese, strumenti nelle mani dei trafficanti, in nome di una non necessaria pubblicità alla luce delle disposizioni applicabili. Appare evidente che la rinuncia a detto richiamo potrebbe costituire un ostacolo nell'azione repressiva sviluppata dalle autorità nazionali competenti.

Abstract (ita)

Il contrasto alla tratta di persone risulta per l'Unione europea strategico e riveste primaria importanza. Della tratta di persone, del resto, è riconosciuta la gravità visto che è tra le forme di reato di dimensione europea espressamente richiamate dal TFUE, in particolare all'art. 83. Il quadro giuridico dell'Unione ha per caposaldo la dir. 2011/36, adottata con l'obiettivo di prevenire e contrastare il fenomeno, oltre che per proteggerne le vittime. La strategia 2021-2025 aveva individuato alcuni punti critici nell'azione europea e, coerentemente con quanto in essa descritto, la Commissione europea ha presentato una proposta che, modificando la direttiva, sembra innovare – almeno parzialmente – gli strumenti attualmente in essere. Il presente contributo, dopo aver rapidamente riepilogato lo stato dell'arte, guarderà: i) alle novità in vista; ii) alle discussioni in sede istituzionale; iii) agli effetti che conseguirebbero dall'approvazione del testo di riforma, anche in relazione all'applicazione di altre rilevanti disposizioni di diritto dell'Unione.

Abstract (eng)

Fighting trafficking in persons is part of the strategies of the European Union; its European and serious dimension is expressly recognized by the TFEU, in particular at Art. 83. The cornerstone of the Union's legal framework is the so-called anti-trafficking directive, dir. 2011/36, which aims to prevent the crime and to prosecute the offenders, as well as protecting its victims. The 2021-2025 strategy has identified some critical points in the European action and was followed by a European Commission proposal to amend the directive, which adds new elements seems to the instruments currently in place. This article, after briefly summarizing the state of the art, will look at (i) the future possible innovations; (ii) the discussions at the institutional level; and (iii) the possible effects that would result from the reform, including in relation to relevant provisions of EU law.

Segnalazioni

IL “CASO UNGHERIA” NELL’UNIONE EUROPEA:
ORA SI PONE LA QUESTIONE DELLA PRESIDENZA DEL CONSIGLIO

Nicoletta Parisi* e Dino G. Rinoldi**

1. La decima elezione del Parlamento europeo a suffragio universale diretto mette in moto in tempi ravvicinati, non solo mesi ma piuttosto settimane e addirittura giorni, un processo di ampio rinnovo istituzionale nell’Unione. Si tratta, fra l’altro, di nominare nuovi “vertici” (Presidente della Commissione, componenti di quest’ultima, Presidente del Consiglio europeo, Alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune) e di riorganizzare i gruppi politici entro il Parlamento stesso.

Il 24 maggio scorso quattro Consigli nazionali del Movimento Europeo Internazionale (quello italiano – che ha preso l’iniziativa – accompagnato da quelli di Spagna, Polonia e Francia) hanno scritto una lettera in cui si chiede di valutare seriamente se l’Ungheria, come previsto nell’ordine semestrale delle Presidenze, sia in grado di assumere credibilmente la Presidenza del Consiglio dell’Unione a partire dal 1° luglio prossimo, visto che questo Stato membro «sfida giornalmente il buon funzionamento dell’Unione europea e ricorre al diritto di veto per bloccare decisioni all’unanimità» (come è avvenuto, esemplificativamente e da ultimo, in occasione della necessità di approvare il 14° pacchetto di aiuti all’Ucraina, il 27 maggio scorso), contribuendo così «a far perdere alle istituzioni europee quel che rimane della loro credibilità» e a non rafforzare «nei cittadini [anche] ungheresi la convinzione che l’appartenenza alla famiglia europea è davvero fondata sul principio della democrazia rappresentativa (...) e sullo Stato di diritto (...)».

La lettera è indirizzata ai Presidenti di alcune delle istituzioni europee (Roberta Metsola, PE; Charles Michel, Consiglio europeo; Ursula von der Leyen, Commissione europea; Koen Lenaerts, Corte di giustizia), oltre che al Primo Ministro belga Alexander de Croo (in quanto il Belgio – attualmente Presidente del Consiglio UE – contribuisce a preparare le conclusioni del Consiglio europeo). La Presidente della Commissione europea ha encomiabilmente e incisivamente risposto nell’arco di pochissimi giorni (31 maggio 2024) sostenendo che «*We have taken note of the content of your letter with*

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

** Professore ordinario f. r. di diritto dell’Unione europea – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

attention and have shared it with the competent Members of the College and services here at the European Commission»; ha conseguentemente affidato la gestione della questione al Vice-Presidente per le relazioni interistituzionali.

La lettera dei Movimenti Europei dei quattro Paesi membri è stata anche ripresa da Emma Bonino (*la Repubblica*, 5 giugno), che si è rivolta in Italia alla Presidente del Consiglio Giorgia Meloni e al Ministro degli Esteri Antonio Tajani, ricordando – in aggiunta alle argomentazioni dei Movimenti Europei – che, seppure molte delle decisioni del Consiglio europeo vengano prese per *consensus*, quella che riguarda l'ordine di successione dei Paesi membri alla Presidenza del Consiglio dell'Unione deve essere presa a maggioranza qualificata. Aggiunge di comprendere che la questione da tecnico-giuridica diventa politica ... e dunque invita il Governo italiano a promuoverla in tempi rapidi.

In modo che risulta incongruo il nostro Ministro degli Esteri ha ribattuto “a caldo”: «Bisogna distinguere tra politica e istituzioni»; «Non tocca a noi interferire. Io non sono d'accordo con tante scelte di Orban ma lui è eletto primo ministro dell'Ungheria, non possiamo privare l'Ungheria della guida»; «sarebbe una violazione» dei Trattati UE (www.prealpina.it/pages/tajani-rinviare-semester-orban-sarebbe-violazione-342671.html).

Nel frattempo, il 10 giugno scorso è stato diffuso tramite il *Legal Scholarship Network* del *Social Science Research Network* (LSN SSRN) un *paper* di Virgilio Dastoli ed Emilio De Capitani che approfondisce la questione (*Why an EU Country under surveillance procedure (Article 7.1 TEU) should not chair the Council Presidency*) e che ha già trovato l'adesione di non pochi studiosi, esperti e cittadini.

2. Possiamo dare al Ministro degli Esteri senz'altro la buona fede, e anche l'attenuante della complessità politico-normativa che nell'ordinamento dell'Unione europea regge la questione affrontata dalla lettera dei Movimenti Europei.

Mettiamo, dunque, sul piatto l'evidenza di dove nell'ordinamento dell'Unione è regolata l'attribuzione della Presidenza semestrale del suo Consiglio:

- *quanto al diritto primario* (i Trattati di Unione): l'art. 16.9 del Trattato sull'Unione europea (TUE) stabilisce che «*La Presidenza della formazione del Consiglio (...) è esercitata dal rappresentante degli Stati membri nel Consiglio secondo un sistema di rotazione paritaria, alle condizioni stabilite conformemente all'articolo 236 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*» e con l'eccezione dei Consigli “Affari

esteri” e “Difesa” (la cui Presidenza è ricoperta dall’Alto Rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza: artt. 16.9 e 18.3 TUE) e dell’Eurogruppo. E l’art. 236 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) affida al Consiglio europeo la responsabilità di adottare a maggioranza qualificata (come definita dall’art. 238 TFUE per le delibere del Consiglio) decisioni che riguardino la presidenza delle varie formazioni del Consiglio. Queste disposizioni trovano un complemento nella Dichiarazione n. 9 allegata ai Trattati di Unione, la quale stabilisce a grandi linee le modalità di esercizio della Presidenza del Consiglio europeo;

- *quanto al diritto secondario* (ovvero le decisioni del Consiglio europeo e del Consiglio in materia): il 1° dicembre 2009 (giorno dell’entrata in vigore dei Trattati di Unione come modificati dal Trattato di Lisbona del 2007) il Consiglio europeo ha adottato la decisione 2009/88/UE, che riprende testualmente il contenuto della Dichiarazione n. 9; nello stesso giorno il Consiglio ha adottato una propria decisione (2009/908/UE) che specifica gli snodi procedurali relativi all’applicazione di quest’ultima. I due atti normativi sono precisati ulteriormente dal regolamento di procedura del Consiglio (decisione del Consiglio 2009/937/UE). Dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il Consiglio europeo ha modificato l’ordine delle Presidenze semestrali nell’occasione dell’ingresso della Croazia nell’Unione e dell’uscita del Regno Unito da essa (decisione 26 luglio 2016, 2016/1316);
- *quanto a documenti di soft law*: a nuovamente meglio spiegare il funzionamento della Presidenza del Consiglio – se si vuole a conferma della delicatezza della questione, che come si comprende attiene al rispetto della uguale sovranità di ciascuno Stato membro entro l’Unione (art. 4.2 TUE) – sono intervenuti un Commentario dedicato dal Consiglio europeo alle singole norme del regolamento di procedura; e un Manuale (in lingua inglese) elaborato dal Consiglio specificamente sulle disposizioni dedicate alla Presidenza ([https://www.asktheeu.org/en/request/5942/response/19142/attach/4/PRESIDENCY % 20HANDBOOK.pdf?cookie_passthrough=1](https://www.asktheeu.org/en/request/5942/response/19142/attach/4/PRESIDENCY%20HANDBOOK.pdf?cookie_passthrough=1)).

Il sopradetto complesso normativo ha introdotto un sistema di presidenza «“collegiale” per gruppi predeterminati di tre Stati che se ne ripartiscono l’esercizio per 18 mesi» (R. ADAM, *Art. 236 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, p. 1899).

3. Se l'indomito lettore è riuscito a seguire fin qui il discorso proviamo ad articolare il ragionamento nella sostanza.

3.1. La prima questione attiene all'importanza del tema.

La responsabilità della Presidenza del Consiglio dell'Unione è questione cruciale. Si consideri anzitutto il ruolo che ha il Consiglio: molto semplificando e riassumendo, esso è co-legislatore con il Parlamento europeo (ma talora legislatore in via esclusiva, secondo un procedimento legislativo speciale e all'unanimità, per esempio nella materia assai delicata relativa al sistema delle risorse proprie: art. 311.3 TFUE); esercita funzioni di definizione delle politiche comuni e di coordinamento (art. 16.1 TUE); governa il buon funzionamento dell'unione economica e monetaria (art. 136 TFUE); definisce e attua, congiuntamente al Consiglio europeo, la politica estera e di sicurezza comune (art. 24 TUE), ricoprendo tra le altre cose anche responsabilità nei rapporti con enti e istituzioni fuori dall'Unione.

Il Presidente del Consiglio, per i sei mesi in cui è in carica, deve assicurare la continuità, l'ordine, l'efficacia dell'attività del Consiglio stesso, ponendosi in una posizione di neutralità rispetto alle differenti posizioni ivi emergenti (e rispetto agli interessi espressi dai singoli componenti del Consiglio) in funzione di assicurare il conseguimento del risultato comune. Come qualche commentatore ha sottolineato, non è un caso che il sito web della Presidenza Consiglio riporti questa espressione: «The Presidency is like “someone hosting a dinner, making sure their guest all gather in harmony”»; «It is to do as an “honest broker” » (Meijers Committee, *Comment on the exercise and order of the Presidency of the Council of the EU*, May 2023, p. 1, citando il sito web (www.consilium.europa.eu/en/presidency-council-eu/#group-section-Keys-to-success-rbxWe5qDLK) e il *Manuale* sopra richiamato).

Non solo: il Presidente del Consiglio fa parte di quel “trio” di cui si è detto appena sopra (ma v. anche www.eur-lex.europa.it/It/legal-content/glossary/trio.html), ovvero di una successione semestrale di tre diverse Presidenze stabilita dalla decisione del Consiglio europeo del 1° dicembre 2009, poi modificata con decisione del 2016 (v. il suo Allegato I, «Progetto di tabella delle presidenze del Consiglio» fino al dicembre 2030). Le tre Presidenze hanno assunto la responsabilità nei confronti degli altri Stati membri dell'Unione di governare quest'ultima in coordinamento reciproco, cosicché necessita una robusta unità di intenti per portare a termine il periodo previsto (su ruolo e funzioni del Consiglio e della sua Presidenza si rinvia al solo A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, commenti ai pertinenti articoli dei Trattati).

3.2. Occorre poi considerare la posizione di quegli Stati che si trovasse-
ro implicati in situazioni che mettono in discussione il rispetto dei valori sui
quali si fonda l'Unione. I valori propugnati come inaggirabili sono le pietre
angolari su cui poggia e opera la macchina dell'Unione, e ciò non per una
"invenzione" stravagante, ma perché questi «valori sono comuni agli Stati
membri» (art. 2 TUE).

Sono valori che militano nella direzione di quella «unione sempre più
stretta tra i popoli dell'Europa» (art. 1.2 TUE) che è creata dai Trattati, ma,
ben prima, dalla volontà politica di ciascuno degli Stati membri di darvi vita
tramite l'attuazione progressiva dei Trattati stessi.

Sono valori che caratterizzano l'Unione come un'organizzazione inter-
nazionale governativa diversa da tutte le altre (Nazioni Unite, FAO, UNE-
SCO, OCSE, Consiglio d'Europa, ...) e la orientano in quella direzione di
sopranazionalità che, essa sola, è capace di determinare secondo le «limita-
zioni di sovranità» consentite dall'art. 11 della Carta costituzionale italiana.
A questo proposito risulta assai significativo l'intervento del Capo dello Sta-
to Sergio Mattarella: parlando al Corpo diplomatico accreditato in Italia, in
occasione della Festa della Repubblica del 2 giugno, egli ha osservato come
la partecipazione all'Unione europea sia in grado di potenziare la sovranità
nazionale.

Vi è, dunque, la *questione generale ed astratta* che sembra necessario
chiarire: può uno Stato membro che stia violando i valori sui quali si fonda
l'Unione presiedere il Consiglio dell'Unione, con quel carico di poteri, dove-
ri e responsabilità che questa funzione comporta? È compatibile la sua con-
dizione con il prestigio di cui deve godere il Consiglio tanto entro l'Unione
quanto verso l'esterno? E se sì, è possibile ugualmente proteggere l'integrità
del Consiglio e dell'Unione nel suo complesso di fronte a una Presidenza
ricoperta da uno Stato che si trovi in siffatta condizione?

A tutte e tre le domande a noi pare di dover rispondere negativamente,
anche se in astratto sono state individuate (dal ricordato *Meijers Committee*)
due vie ipotetiche per comporre questa situazione conflittuale conservando
l'ordine prestabilito delle Presidenze.

La prima di esse si dovrebbe esaurire con *arrangements* politici entro
il "trio": i tre Stati membri che lo compongono si dovrebbero accordare
per far sì che, quando vengono in rilievo questioni che in qualche modo si
ricollegano al rispetto dei valori dell'Unione, fra i quali primeggia quello
del rispetto dello Stato di diritto, il Presidente in carica si astenga dall'eser-
citare le proprie funzioni a vantaggio degli altri due. In verità sembra poco
probabile che chi non vuole accogliere i valori fondanti l'Unione accetti di

essere estromesso da una funzione così cruciale come quella di ricoprire la Presidenza del Consiglio. E poi occorre considerare che molte altre sono le questioni che, prescindendo dal rilievo dei valori, rivestono importanza per l'Unione, per esempio quelle che riguardano il bilancio, l'allargamento a nuovi Stati membri, la pace e la guerra, l'immigrazione L'elenco sarebbe lunghissimo e qui ce ne asteniamo!

La seconda soluzione consisterebbe nell'investire (da parte dei due Stati membri del "trio") tutti gli altri Paesi membri del problema determinato dalla partecipazione al "trio" stesso di uno Stato che si trova in condizione di (anche solo rischiare di) violare i principi dello Stato di diritto, mettendo in luce la propria difficoltà politica e giuridica: su quei due Stati ricadrebbe dunque la responsabilità di trovare una soluzione ... Ma intanto che la soluzione venga rinvenuta passano i mesi della Presidenza mentre si producono danni gravi nel funzionamento dell'Unione!

Quello stesso *Committee* individua una terza soluzione, che a noi sembra invece percorribile sul piano giuridico. Essa si traduce nell'adozione da parte del Consiglio europeo di una decisione di modifica di quella ora vigente (2016/1316) relativa alla rotazione delle Presidenze nel tempo. Si tratta di un atto tipico dell'Unione, dunque modificabile secondo le procedure stabilite dai Trattati, ovvero tramite una nuova decisione da adottarsi – ancora una volta come già detto – a maggioranza qualificata dei componenti del Consiglio europeo stesso.

Ci sembra che la modifica dovrebbe consistere nell'introdurre nel testo vigente una *condizionalità di portata* appunto *generale*, secondo la quale non può ricoprire le funzioni di Presidente del Consiglio (e comunque far parte del "trio") lo Stato coinvolto in una delle procedure volte all'accertamento di un rischio grave di violazione dei valori di cui all'art. 2 TUE (art. 7.1 TUE) o di una violazione grave e persistente di questi valori già in essere (art. 7.2 TUE), ovvero coinvolto nella procedura prevista dall'esigenza di proteggere il bilancio dell'Unione a fronte di violazioni che «compromettono o rischiano seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione» in uno Stato membro (art. 4 regolamento UE 2020/2092). Lo Stato implicato in esse verrebbe sospeso dalle funzioni di Presidente per esservi reintegrato quando si chiudano positivamente; e l'ordine di "ingresso" degli Stati nel "trio" dovrebbe essere alterato, richiamando in quest'ultimo il primo Paese membro del "trio" successivo.

3.3. Veniamo all'attualità e all'urgenza di fronte alla quale ci hanno mes-

so i quattro Consigli nazionali del Movimento Europeo Internazionale, la lettera di Emma Bonino, il paper di Virgilio Dastoli ed Emilio De Capitani e ben due risoluzioni del Parlamento europeo (quelle del 18 gennaio e del 24 aprile 2024, rispettivamente punti 8 e 1, 4 e 5).

La prima di queste risoluzioni si interroga (pleonasticamente?) sul «se l'Ungheria sarà in grado di adempiere in modo credibile a tale compito (...) [quello della Presidenza] in considerazione della sua inosservanza del diritto dell'UE, dei valori sanciti dall'articolo 2 TUE e del principio di leale cooperazione (...)».

La seconda risoluzione del Parlamento europeo «esprime sgomento per la violazione persistente, sistematica e deliberata della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali in Ungheria, di cui il governo ungherese è responsabile»; «sottolinea che il Consiglio condivide la responsabilità di tutelare i valori sanciti dall'articolo 2 TUE e che la mancata protezione di tali valori avrebbe conseguenze durature e potenzialmente dannose»; «evidenzia l'importante ruolo della Presidenza del Consiglio nel portare avanti i lavori del Consiglio sulla legislazione dell'UE, garantendo la continuità dell'agenda dell'UE e rappresentando il Consiglio nelle relazioni con le altre istituzioni dell'UE; ribadisce la propria preoccupazione circa il fatto che il governo ungherese non sarà in grado di adempiere in modo credibile a tale compito nel 2024, in considerazione della sua inosservanza del diritto dell'UE, dei valori sanciti dall'articolo 2 TUE e del principio di leale cooperazione; deplora il fatto che il Consiglio non abbia ancora trovato una soluzione a tale problema e che i rappresentanti del governo ungherese presiederanno le riunioni del Consiglio in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali, comprese le riunioni relative alla tutela degli interessi finanziari e del bilancio dell'UE; sottolinea che tale sfida giunge nel momento cruciale delle elezioni europee e della formazione della Commissione; si rammarica per l'incapacità di trovare una soluzione e ribadisce la propria disponibilità ad adottare le misure necessarie per difendere la credibilità dell'Unione rispetto ai valori sanciti dall'articolo 2 TUE per quanto riguarda la cooperazione con il Consiglio». Abbiamo voluto riprodurre l'intero lungo pezzo della risoluzione perché ciascun punto sembra rilevante ai fini del ragionamento che si va svolgendo.

La questione concreta e attuale da considerare è, dunque, quella della *condizione dell'Ungheria a fronte dei ripetuti accertamenti di violazione dei valori di cui all'art. 2 TUE*.

Perché certamente di questo si tratta, come ci raccontano le tante valutazioni giuridiche intervenute nei confronti questo Stato membro: ci si

riferisce ai *Reports 2022* e *2023* della Commissione sullo Stato di diritto; alle menzionate risoluzioni del Parlamento europeo; alle prese di posizione del Consiglio (anche in materia di erogazione di risorse finanziarie europee), che si accodano all'apertura di una procedura di cui all'art. 7 TUE (avviata a seguito della proposta del PE con risoluzione 12 settembre 2018); alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che, direttamente o indirettamente, ha confermato problemi ungheresi sul fronte dei rispetto dei valori dell'Unione (16 novembre 2012, C-821/19; 17 dicembre 2020, C-808/18; 3 giugno 2021, C-650/18; 16 febbraio 2022, C-156/21; da ultimo si veda la sentenza 13 giugno 2024, C-123/22, che ha accertato il non adempimento della propria sentenza in casa C-808/18 e ha condannato l'Ungheria a corrispondere all'Unione una somma forfettaria di duecento milioni di euro e una penalità di 1 milione per ogni giorno di ritardo nell'adempiere alle norme violate in materia di asilo).

All'Ungheria si contestano principalmente gravi carenze del sistema giudiziario, dell'azione di contrasto alla corruzione, della disciplina in materia di conflitti di interesse; ripetute violazioni della libertà di espressione dei *media*; la compressione delle libertà che dovrebbero essere riconosciute alla società civile; i rischi cui sono soggetti gli interessi finanziari dell'Unione; il mancato rispetto dei principi del mercato interno.

A chi scrive sembra, dunque, che non sia possibile all'Ungheria farsi carico, a partire dal 1° luglio di quest'anno, della Presidenza dell'Unione, e che questo Paese membro non possa nemmeno continuare a far parte del "trio" delle Presidenze: ciò fino a quando la situazione di violazione dei valori dell'Unione permanga, con una prassi e con normative che continuano a pretermetterli per privilegiare scelte ed esigenze orientate da propri interessi nazionali, oltretutto dichiarando di voler continuare ad essere una «democrazia illiberale» (v. eunews.it; limesonline.com; repubblica.it).

4. Dunque: che fare?

Occorre che le istituzioni europee massimamente implicate nella questione "battano un colpo"; per così dire ben forte e molto presto.

Anzitutto il Parlamento europeo, ancorché la Legislatura sia terminata, dovrebbe confermare attraverso la propria attuale Presidenza l'importanza delle questioni poste dalle due risoluzioni di quest'anno. Potrebbe addirittura decidere di riunirsi in sessione straordinaria mettendo questo tema all'ordine del giorno.

In seconda battuta dovrebbe essere il Consiglio europeo, in quanto titolare della potestà decisionale in materia di Presidenza del Consiglio, a porre

il problema a se stesso e alle altre istituzioni. Non è per questo significativa dal data del 17 giugno, stabilita per l'incontro dei suoi componenti in sede di cosiddetta "riunione informale" dei Capi di Stato e di Governo dei Paesi membri. Come Consiglio europeo propriamente detto essi si rivedranno soltanto il 28-29 giugno ... a due-tre giorni dalla presa in carico da parte dell'Ungheria delle funzioni di Presidente del Consiglio!

Prima – il 18 giugno – cade la riunione del Consiglio "Affari generali" che, ai sensi dell'art. 16.6, 2° comma, TUE, «prepara le riunioni del Consiglio europeo» contribuendo anche a redigere l'ordine del giorno dei suoi lavori. Se questa istituzione si esprimesse, proponendo la questione come oggetto di trattazione da parte del Consiglio europeo di fine giugno, sarebbe forse ancora possibile che i componenti di quest'ultima istituzione – magari spinti da una pressione forte dell'opinione pubblica che ad oggi si è piuttosto disinteressata al tema – avvertano l'urgenza di affrontare questo nodo, che non è di natura procedurale (come lo sono state le altre modifiche apportate dal Consiglio europeo nel 2016) bensì squisitamente politica, e si autoconvocasse appunto in urgenza. Spetterebbe alla Presidenza belga l'iniziativa, ma vi potrebbero concorrere Spagna, Polonia e Francia, i cui Governi al momento sembrano abbastanza sensibili alle esigenze di una maggiore integrazione europea e i cui Consigli nazionali del Movimento Europeo si sono mobilitati per la sospensione dell'Ungheria dalle funzioni di Presidente del Consiglio.

Certo, se il Consiglio europeo si determinasse ad adottare siffatta decisione, occorrerebbe anche richiamare la Polonia nel "trio" attualmente in corso: una diversa soluzione – come quella di far duplicare all'attuale Presidenza belga il proprio mandato – non sembra rigorosa alla luce dell'esigenza che sia rispettata la eguale sovranità di ciascuno degli Stati membri (art. 4.2 TUE), dato l'alto ruolo politico della Presidenza stessa.

Ancora una volta il diritto offre una soluzione chiara, lineare e percorribile.

È la volontà politica degli Stati – almeno di quelli che avvertono i pericoli per il processo di integrazione europea insiti nell'attuale situazione tanto internazionale che interna all'Unione – che dovrebbe farsi carico di mettere sul tappeto una situazione e giungere a un chiarimento: vogliamo prendere sul serio i valori sui quali si fonda l'Unione, o crediamo che essi possano essere trattati al pari di un intervento cosmetico?



**FORUM “IMMIGRAZIONE, FRONTIERE E ASILO” (IFA)
AGGIORNAMENTI SULLA GIURISPRUDENZA**

Bollettino mensile n. 5 – Maggio 2024

A cura di Erika Colombo e Francesco Luigi Gatta

Coordinamento scientifico: Daniela Vitiello

Sommario:

Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea	370
Conclusioni dell’Avvocato Generale, presentate il 7 maggio 2024, causa C-4/23, <i>Mirin</i>	370
Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo	371
Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 7 maggio 2024, <i>A.D. e altri c. Svezia</i> , ric. n. 22283/21	371
Corte europea dei diritti dell’uomo, decisione (inammissibilità) del 16 maggio 2024, <i>F.O. & G.H. c. Belgio</i> , ric. n. 9568/22	372
Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 16 maggio 2024, <i>Mirzoyan c. Repubblica Ceca</i> , ric. nn. 15117/21 e 15689/21	373
Corte europea dei diritti dell’uomo, decisione (radiazione dal ruolo) del 16 maggio 2024, <i>M.H. & M.H. c. Grecia</i> , ric. n. 114/19	374
Giurisprudenza nazionale	374
Corte costituzionale, sentenza del 14 maggio 2024, n. 88	375
Tribunale di Firenze, Sez. Protezione Internazionale, decreto del 23 maggio 2024	376

Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

Conclusioni dell'Avvocato Generale, presentate il 7 maggio 2024, causa C-4/23, *Mirin*

Categoria: Cittadinanza

Parole chiave/Norme rilevanti: Articolo 21, paragrafo 1, TFUE – Cittadinanza – Diritto di circolazione e libero soggiorno – Cambiamento di genere – Riconoscimento negli Stati membri

Fatto: Un cittadino rumeno veniva registrato alla nascita in Romania come di sesso femminile. Dopo essersi trasferito nel Regno Unito, acquisiva la cittadinanza britannica per naturalizzazione, pur mantenendo la sua cittadinanza rumena. Nel Regno Unito, il ricorrente cambiava il suo prenome e il suo titolo civile da femminile a maschile e otteneva un «*Gender Recognition Certificate*» (GRC), atto che conferma la sua identità di genere maschile. Chiedeva dunque alle autorità amministrative rumene di iscrivere nel suo atto di nascita le indicazioni relative al cambiamento di prenome, sesso e codice numerico personale, in modo da farlo corrispondere al sesso maschile. Tuttavia, le autorità rumene respingevano le sue richieste, invitandolo a seguire una nuova procedura giudiziaria in Romania, volta a ottenere direttamente l'approvazione del cambiamento di sesso. Il Tribunale di Bucarest, adito dal ricorrente per ottenere l'adeguamento del suo atto di nascita al suo nuovo prenome e alla sua identità di genere, sollevava alcune questioni pregiudiziali dinanzi alla Corte di giustizia.

Esito/punto di diritto: Secondo l'Avvocato Generale, l'art. 21 TFUE nonché gli articoli 7 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea impediscono alle autorità di uno Stato membro di rifiutarsi di riconoscere e di iscrivere nell'atto di nascita di un cittadino di tale Stato membro il prenome e l'identità di genere legalmente dichiarati e acquisiti in un altro Stato membro, di cui è parimenti cittadino. L'esistenza di procedure giudiziarie o amministrative per il cambiamento di sesso o di genere non può essere un ostacolo a un tale riconoscimento automatico. Per contro, il diritto dell'Unione non pregiudica la competenza degli Stati membri a prevedere, nel loro diritto nazionale, gli effetti di tale riconoscimento e di tale iscrizione in altri atti di stato civile nonché in materia di stato delle persone, tra cui rientrano le norme sul matrimonio e sulla filiazione. Secondo l'Avvocato Generale, peraltro, è del tutto irrilevante il fatto che la domanda di riconoscimento e

di iscrizione in un registro di stato civile del cambiamento di prenome e di genere acquisiti nel Regno Unito sia stata presentata in uno Stato membro dell'Unione in una data in cui il diritto dell'Unione non era più applicabile nel Regno Unito.

* * * * *

Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 maggio 2024, *A.D. e altri c. Svezia*, ric. n. 22283/21

Categoria: Frontiere, Asilo

Parole chiave/Norme rilevanti: Art. 3 CEDU – Espulsione – Rischio – Attori non Statali – Albania

Fatto: I ricorrenti sono membri di una famiglia albanese, genitori e tre figli. Avevano presentato domanda di protezione internazionale in Svezia, evidenziando il rischio di persecuzione da parte di attori non statali nel Paese d'origine e l'incapacità delle autorità albanesi di proteggerli (la figlia maggiore era stata vittima di un tentativo di rapimento, mentre il padre, agente di polizia impiegato nell'ambito del contrasto alla droga, aveva subito varie intimidazioni, anche con armi da fuoco e presso l'abitazione familiare). L'Agenzia svedese per la migrazione respingeva la domanda di protezione internazionale dei ricorrenti, ritenendo che le autorità albanesi avessero intrapreso azioni significative per contrastare i problemi di corruzione all'interno della polizia, ed avessero una generale capacità e volontà di proteggere i propri cittadini. Emetteva, quindi, un ordine di espulsione dei ricorrenti verso l'Albania. Davanti alla Corte di Strasburgo, i ricorrenti invocano una violazione dell'art. 3 CEDU in caso di rimpatrio in Albania per le evidenziate ragioni.

Esito/punto di diritto: La Corte Edu, seguendo la sua precedente giurisprudenza, indica che, nel caso in cui il pericolo provenga da attori non statali, occorre dimostrare che il rischio è reale e che le autorità del Paese di destinazione non sono in grado di ovviare al rischio fornendo adeguate misure di protezione. La valutazione dell'esistenza di un simile rischio deve necessariamente essere rigorosa e sufficientemente supportata da documentazione rilevante, sia da fonti nazionali sia da altre fonti attendibili e obiettive. Nel caso di specie, la Corte, pur rilevando che la corruzione continua ad essere

un problema diffuso in Albania, ritiene che la capacità delle autorità nazionali di proteggere la propria popolazione non possa essere considerata insufficiente, anche con riguardo a coloro che sono vittima di atti intimidatori da parte di un’organizzazione criminale. In mancanza di una chiara dimostrazione del rischio subito dai ricorrenti, la Corte conclude che il loro allontanamento verso l’Albania non violerebbe l’articolo 3 della CEDU.

Corte europea dei diritti dell’uomo, decisione (inammissibilità) del 16 maggio 2024, *F.O. & G.H. c. Belgio*, ric. n. 9568/22

Categoria: Asilo

Parole chiave/Norme rilevanti: Art. 3 CEDU – Espulsione – Attori non statali – Stato di “vittima” – Vie di ricorso interne

Fatto: I ricorrenti sono una coppia di El Salvador. Arrivati in Belgio nel 2019, presentavano domanda di protezione internazionale a motivo di atti di persecuzione subiti da bande criminali operanti nel Paese d’origine. Il competente ufficio belga rigettava la domanda, ritenendo che la violenza tra bande non costituisca una persecuzione politica, ma atti criminali in cui le bande agiscono per motivi politici, e quindi che la Convenzione di Ginevra del 1951 non si applicasse. Inoltre, considerando che l’estorsione di cui i ricorrenti erano stati vittime era una pratica comune in El Salvador, che si trattava di una somma modesta e che i ricorrenti l’avevano pagata prima della loro partenza, le autorità belghe non ritenevano di concedere la protezione sussidiaria. I ricorrenti si rivolgevano alla Corte Edu invocando una violazione dell’art. 3 CEDU legata al loro allontanamento dal Belgio verso il Paese d’origine.

Esito/punto di diritto: La Corte evidenzia, anzitutto, che i ricorrenti non avevano esaurito le vie di ricorso interne: infatti, sebbene le domande di protezione internazionale fossero state respinte, essi non erano stati oggetto di un ordine di espulsione e non potevano quindi essere espulsi con la forza dal territorio belga. La Corte precisa che, nel contenzioso che riguarda soggetti stranieri, una persona non può ritenersi “vittima” ai sensi dell’art. 34 CEDU se nei suoi confronti non è stato emesso un provvedimento di espulsione. È tale provvedimento, infatti, che legittima una doglianza *ex art.* 3 CEDU, e non il mero rigetto di una domanda di protezione internazionale. Di conseguenza, poiché i ricorrenti non erano stati oggetto di un provvedimento di espulsione e avevano la possibilità di proporre ricorso sospensivo

nel caso in cui tale provvedimento fosse stato emesso nei loro confronti, la Corte esclude che gli stessi ricorrenti potessero considerarsi “vittime” di una violazione della CEDU. Il ricorso è quindi dichiarato inammissibile *ratione personae* ai sensi dell’art. 35, par. 3, lett. a), e respinto in base all’art. 35, par. 4, della Convenzione.

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 16 maggio 2024, *Mirzoyan c. Repubblica Ceca*, ric. nn. 15117/21 e 15689/21

Categoria: Immigrazione

Parole chiave/Norme rilevanti: Art. 8 CEDU – Art. 1, Protocollo n. 7 CEDU – Permesso di soggiorno – Sicurezza nazionale e ordine pubblico – Garanzie procedurali

Fatto: Il ricorrente è un cittadino russo che vive in Repubblica Ceca dal 2006 con la moglie, cittadina armena, e i loro quattro figli, tutti cittadini russi. Nel 2011, egli faceva domanda alle competenti autorità ceche per prorogare il suo permesso di soggiorno di lungo periodo per motivi di lavoro. La domanda veniva rigettata, in quanto il ricorrente veniva ritenuto una minaccia per la sicurezza nazionale e l’ordine pubblico, sulla base di documenti classificati e resi solo parzialmente accessibili all’avvocato del ricorrente. Questi intraprendeva un contenzioso che coinvolgeva anche la Corte Costituzionale ceca, la quale rigettava il ricorso costituzionale portato dal ricorrente ritenendo che i suoi interessi fossero stati presi debitamente in considerazione dalle autorità che avevano rigettato la sua domanda di permesso di soggiorno. Il ricorrente adiva la Corte di Strasburgo lamentando violazioni dell’art. 8 e dell’art. 1 del Protocollo n. 7 della CEDU.

Esito/punto di diritto: La Corte osserva, in via preliminare, che, sebbene non fosse stata emessa alcuna decisione formale di espulsione nei confronti del ricorrente, il rifiuto di concedergli il permesso di soggiorno lo aveva di fatto privato del diritto di soggiornare legalmente nel territorio della Repubblica ceca, così interferendo con il suo diritto al rispetto della vita familiare. L’art. 8 CEDU è quindi ritenuto applicabile al caso di specie, a differenza dell’art. 1 del Protocollo n. 7, in quanto incompatibile *ratione materiae* poiché il ricorrente non era stato formalmente soggetto a un provvedimento di “espulsione”. La Corte, poi, esamina le garanzie procedurali a disposizione del ricorrente. Nota che, basandosi su informazioni riservate, non messe a

disposizione del ricorrente e solo parzialmente accessibili al suo avvocato, per respingere la domanda di permesso di soggiorno del ricorrente, le autorità ceche avevano limitato in modo significativo i suoi diritti procedurali. Nondimeno, ritiene comprensibile che al ricorrente e al suo rappresentante non fosse stato concesso l'accesso alle pertinenti informazioni riservate, date le potenziali implicazioni per la sicurezza nazionale. Il procedimento giudiziario intrapreso dal ricorrente, inoltre, era dotato di garanzie sufficienti per controbilanciare le limitazioni dei suoi diritti procedurali e, in ogni caso, gli aveva offerto la possibilità di contestare efficacemente le affermazioni secondo cui erano in gioco la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico. In tale procedimento, infine, le autorità nazionali avevano adeguatamente considerato i legami familiari del ricorrente e bilanciato gli interessi rilevanti in gioco, senza oltrepassare il margine di apprezzamento loro concesso. La Corte conclude, all'unanimità, che il rifiuto del permesso di soggiorno del ricorrente, per motivi di sicurezza nazionale e ordine pubblico, non viola l'art. 8 della CEDU.

Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione (radiazione dal ruolo) del 16 maggio 2024, *M.H. & M.H. c. Grecia*, ric. n. 114/19

Categoria: Immigrazione

Parole chiave/Norme rilevanti: Art. 3 CEDU – Art. 13 CEDU – *Hotspot* di Moria – Grecia – Regolamento amichevole

Fatto: Il ricorso riguarda le condizioni di vita all'interno e nelle aree circostanti l'*hotspot* di Moria a Lesbo, in Grecia, nonché la disponibilità di rimedi interni per contestarle. I ricorrenti avevano presentato ricorso alla Corte di Strasburgo ai sensi degli artt. 3 e 13 CEDU.

Esito/punto di diritto: La Corte prende atto che le parti hanno raggiunto un accordo amichevole. In base a questo, i ricorrenti rinunciano a qualsiasi ulteriore pretesa nei confronti della Grecia, mentre detto Stato si impegna a pagare l'importo di 6.000 euro a ciascuno dei ricorrenti. Ritenendo che la transazione fosse basata sul rispetto dei diritti umani come definiti dalla CEDU e dai suoi protocolli, la Corte decide all'unanimità di cancellare il ricorso dal ruolo delle cause *ex art.* 39 della Convenzione.

* * * * *

Giurisprudenza nazionale

Corte costituzionale, sentenza del 14 maggio 2024, n. 88

Categoria: Immigrazione

Parole chiave/Norme rilevanti: Articolo 76 Costituzione – Articolo 1, comma 4, d.lgs. 8/2016 – Esercizio della delega – Reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato – Depenalizzazione “cieca”

Fatto: Il Tribunale di Firenze sollevava questione di costituzionalità dell’art. 1, co. 4, d.lgs. 8/2016 perché in contrasto con l’articolo 76 Cost. Secondo la ricostruzione del Tribunale, la legge n. 67 del 2014, delegando il Governo a depenalizzare i suddetti reati, avrebbe incluso tra essi anche quello di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato previsto dal testo unico immigrazione, in quanto anch’esso punito con la sola pena pecuniaria dell’ammenda. Pertanto, l’art. 1, co. 4, d.lgs. 8/2016, che esclude dalla depenalizzazione tale reato, sarebbe in contrasto con l’art. 76 Cost., per mancato (parziale) esercizio di delega.

Esito/punto di diritto: Secondo la Corte, l’art. 1, co. 4, d.lgs. 8/2016, che esclude dalla depenalizzazione il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato previsto dal testo unico immigrazione, non si pone in contrasto con il principio direttivo della legge delega attinente alla cosiddetta depenalizzazione “cieca”, rivolto a depenalizzare i reati puniti con la sola pena pecuniaria. Come precisato dalla Corte, la legge delega, al fine di selezionare i reati che avrebbero dovuto essere depenalizzati, ha utilizzato due criteri: a) quello della depenalizzazione “cieca”, che prevede la trasformazione in illeciti amministrativi dei reati puniti con la pena pecuniaria, a eccezione di quelli riconducibili ad alcune materie; b) quello della depenalizzazione nominativa, che prevede la medesima trasformazione per taluni reati specificamente individuati. Tuttavia, la *sedes materiae* in cui deve essere considerato, al fine di valutare il possibile contrasto con l’art. 76 Cost., il problema della mancata abrogazione e trasformazione in illecito amministrativo del reato di cui al citato art. 10-*bis* non è la cosiddetta depenalizzazione “cieca”, bensì quella nominativa. Conseguentemente, la Corte non ha ravvisato alcun contrasto dell’art. 1, co. 4, d.lgs. 8/2016 con il principio direttivo attinente alla depenalizzazione “cieca”, evocato dal rimettente come norma interposta.

Tribunale di Firenze, Sez. Protezione Internazionale, decreto del 23 maggio 2024

Categoria: Asilo

Parole chiave/Norme rilevanti: Regolamento Dublino – Clausola discrezionale – Accertamento incidentale – Protezione complementare – Articolo 19, comma 1.1, d.lgs. 286/98

Fatto: Un cittadino pakistano impugnava il provvedimento con il quale il Ministero dell'Interno – Dipartimento per le Libertà civili e l'Immigrazione presso il quale è incardinata l'Unità Dublino (autorità italiana competente ai sensi dell'art. 35 del Regolamento UE n. 604/2013) disponeva il suo trasferimento in Francia, ai sensi dell'art. 18.1, lettera *d*), del predetto Regolamento. In particolare, deduceva: a) la situazione di violenza; b) la mancata consegna dell'opuscolo informativo previsto dall'art. 4 del Regolamento Dublino; c) la sua mancata audizione prima dell'audizione del provvedimento di trasferimento; d) la sussistenza di fondati motivi per l'applicazione della clausola discrezionale *ex art.* 17 del Regolamento Dublino III, sotto il profilo del c.d. *refoulement indirecto*.

Esito/punto di diritto: Il Tribunale di Firenze ha innanzitutto evidenziato la portata della interferenza tra regole di riparto della competenza interstatale per l'esame della domanda di protezione internazionale – di matrice europea – e regole per la tutela giurisdizionale del diritto alla protezione complementare – di matrice nazionale. Dunque ha affermato che non è consentito precludere al ricorrente il diritto a veder decisa la domanda di protezione complementare, per la sola ragione che il sistema europeo comune di asilo prevede regole di competenza che sottraggono all'autorità italiana la competenza in merito alla domanda di protezione internazionale. Pertanto, esercitando la clausola discrezionale, ha riservato al giudice del provvedimento di trasferimento adito *ex art.* 27, del Regolamento n. 604/2013 – e, dunque, al giudice italiano – la competenza all'accertamento incidentale del *fumus* dei presupposti della protezione speciale. In proposito, ha ravvisato la sussistenza di presupposti che impongono all'autorità amministrativa la valutazione degli elementi di cui all'art. 19, co. 1.1, T.U.I., nella nuova formulazione introdotta dal D.L. 130/20. E, conseguentemente, ha affermato la competenza dello Stato italiano a decidere la domanda di protezione internazionale e complementare del ricorrente.



**FORUM “IMMIGRAZIONE, FRONTIERE E ASILO” (IFA)
AGGIORNAMENTI SULLA GIURISPRUDENZA**

Bollettino mensile n. 6 – Giugno 2024

A cura di Erika Colombo e Francesco Luigi Gatta

Coordinamento scientifico: Daniela Vitiello

In questo numero:

Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea	378
Corte di giustizia, sentenza del 13 giugno 2024, causa C-563/22, <i>Zamstnik-predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite</i>	378
Corte di giustizia, sentenza del 18 giugno 2024, causa C-352/22, <i>Generalstaatsanwaltschaft Hamm</i>	379
Corte di giustizia, sentenza del 18 giugno 2024, causa C-753/22, <i>Bundesrepublik Deutschland</i>	380
Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo	381
Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, decisione del 13 giugno 2024 sull’esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo nel gruppo di ricorsi <i>J.A. e altri c. Italia</i> , n. CM/Notes/1501/H46-18	381
Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenze del 20 giugno 2024, <i>F.O. e altri c. Ungheria</i> (ric. n. 9203/18); <i>H.L. c. Ungheria</i> (ric. n. 37641/19); <i>S.H. c. Ungheria</i> (ric. n. 47321/19)	382
Giurisprudenza nazionale	383
Tribunale di Firenze, Sezione Specializzata Protezione Internazionale, ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ex art. 267 TFUE del 15 maggio 2024 (Costa d’Avorio)	383
Tribunale di Firenze, Sezione Specializzata Protezione Internazionale, ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ex art. 267 TFUE del 31 maggio 2024 (Nigeria)	383

Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea

Corte di giustizia, sentenza del 13 giugno 2024, causa C-563/22, *Zamestnik-predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*

Categoria: Asilo

Parole chiave/Norme rilevanti: Art. 40, par. 1, direttiva 2013/32/UE – Art. 12, par. 1, lett. a), seconda frase, direttiva 2011/95/UE – Apolidi – Domanda reiterata – Cessazione dell’assistenza o della protezione dell’UNRWA

Fatto: SN e sua figlia minore LN, entrambe apolidi di origine palestinese, lasciavano la città di Gaza e, dopo essere transitate attraverso Egitto, Turchia e Grecia, raggiungevano illegalmente la Bulgaria, dove presentavano domande di protezione internazionale. Tali istanze venivano respinte dalle autorità bulgare in quanto infondate. Esaurite le vie di ricorso interne, SN e LN presentavano una seconda domanda di asilo in Bulgaria (domanda reiterata), precisando di essere registrate presso l’UNRWA e, pertanto, invocando – al fine di ottenere *ipso facto* il beneficio dello *status* di rifugiato – l’art. 12, par. 1, lett. a), seconda frase, della direttiva 2011/95. Anche tali domande reiterate, tuttavia, venivano respinte. Il giudice bulgaro adito dalle interessate proponeva dunque rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ponendo alcune questioni interpretative concernenti: a) l’art. 40, par. 1, della direttiva procedure, per quanto riguarda la portata dell’esame nel merito di una domanda reiterata; b) l’art. 12, par. 1, lett. a), seconda frase, della direttiva qualifiche, per stabilire in quale momento si possa considerare cessata l’assistenza o la protezione dell’UNRWA.

Esito/punto di diritto: La Corte chiarisce che, ai sensi dell’art. 40 della direttiva procedure, in combinato disposto con l’art. 12, par. 1, lett. a), seconda frase, della direttiva qualifiche, l’autorità che si pronuncia sul merito di una domanda reiterata di protezione internazionale è tenuta ad esaminare gli elementi di fatto presentati a sostegno di tale domanda, anche qualora tali fatti siano già stati valutati dall’autorità che ha respinto in via definitiva una prima domanda di protezione internazionale. Inoltre, afferma che la protezione o l’assistenza dell’UNRWA può ritenersi cessata ai sensi del già richiamato art. 12, par. 1, lett. a), quando tale agenzia non è più in grado di garantire ad alcun apolide di origine palestinese, che soggiorni nel settore della zona operativa di tale agenzia, condizioni di vita degne o condizioni di sicurezza minime. Come precisato dai giudici della Corte, la valutazione circa la

sussistenza di una siffatta situazione deve essere effettuata con riferimento al momento in cui detto apolide ha lasciato il settore della zona operativa dell'UNRWA in cui aveva la dimora abituale, al momento in cui le autorità amministrative competenti si pronunciano sulla sua domanda di protezione internazionale o, ancora, al momento in cui l'autorità giudiziaria competente statuisce su un ricorso avverso la decisione di rigetto di tale domanda. La Corte rileva, a tal riguardo, che tanto le condizioni di vita nella Striscia di Gaza quanto la capacità dell'UNRWA di adempiere alla missione ad essa affidata hanno subito un deterioramento senza precedenti in conseguenza degli eventi del 7 ottobre 2023.

Corte di giustizia, sentenza del 18 giugno 2024, causa C-352/22, *Generalstaatsanwaltschaft Hamm*

Categoria: Asilo

Parole chiave/Norme rilevanti: Art. 21, par. 1, direttiva 2011/95/UE – Art. 9, parr. 2 e 3, direttiva 2013/32/UE – *Status* di rifugiato – Domanda di estradizione – Effetto della decisione di riconoscimento dello *status* di rifugiato

Fatto: Nel 2010, A., cittadino turco di etnia curda, presentava in Italia domanda di asilo e otteneva il riconoscimento dello *status* di rifugiato in quanto a rischio di persecuzione politica da parte delle autorità turche a causa del suo sostegno al Partito dei Lavoratori del Kurdistan (PKK). Successivamente, a partire dal mese di luglio del 2019, A. si trasferiva in Germania. Nel giugno 2020, la Turchia chiedeva alla Germania di estradare A., in quanto sospettato di omicidio. Il Tribunale competente dichiarava ammissibile l'estradizione, ritenendo che, in forza del diritto tedesco, la decisione di riconoscimento dello *status* di rifugiato adottata dalle autorità italiane non producesse effetti vincolanti riguardo alla procedura di estradizione condotta in Germania, potendo rappresentare un mero indizio per determinare, ai fini dell'esame della domanda di estradizione, se A. corresse un rischio serio e concreto di essere oggetto, in Turchia, di persecuzioni politiche. Tale provvedimento veniva successivamente annullato dalla Corte costituzionale federale e il Tribunale che lo aveva emesso veniva nuovamente chiamato a statuire sulla domanda di estradizione. Pertanto, effettuava un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia al fine di chiarire se, in forza del diritto dell'Unione, il riconoscimento definitivo, da parte di uno Stato membro,

dello *status* di rifugiato a un cittadino di un paese terzo osti all'esecuzione di una decisione di estradizione, adottata dall'autorità competente di un altro Stato membro in risposta a una domanda proveniente dallo Stato terzo di origine di tale rifugiato.

Esito/punto di diritto: La Corte stabilisce che il riconoscimento dello *status* di rifugiato da parte di uno Stato membro osta all'extradizione dell'interessato verso il suo Paese d'origine, anche qualora l'extradizione venga richiesta ad un altro Stato membro. Lo Stato membro richiesto è tenuto ad avviare uno scambio di informazioni con l'autorità che ha riconosciuto tale *status* alla persona reclamata e, in assenza di revoca di detto *status* da parte di tale autorità, non potrà autorizzare l'extradizione. Infatti, una tale estradizione equivarrebbe, in realtà, a porre fine allo *status* di rifugiato riconosciuto dalle autorità di altro Stato membro.

Corte di giustizia, sentenza del 18 giugno 2024, causa C-753/22, *Bundesrepublik Deutschland*

Categoria: Asilo

Parole chiave/Norme rilevanti: Art. 33, par. 2, lett. a), direttiva 2013/32/UE – Art. 4 CFUE – Riconoscimento *status* di rifugiato – Esame individuale – Grecia

Fatto: QY, una cittadina siriana che aveva ottenuto lo *status* di rifugiata in Grecia, presentava domanda di protezione internazionale in Germania. Le autorità tedesche, dopo aver ritenuto ammissibile la sua domanda in considerazione del fatto che la stessa corresse un grave rischio di subire in Grecia un trattamento inumano o degradante, in violazione dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali, le concedevano la protezione sussidiaria. L'interessata proponeva ricorso dinanzi ai giudici tedeschi per il mancato riconoscimento dello *status* di rifugiata. La Corte amministrativa federale tedesca si rivolgeva dunque alla Corte di giustizia al fine di chiarire se, in una situazione del genere, l'autorità competente sia tenuta a riconoscere al richiedente lo *status* di rifugiato per il solo motivo che tale *status* gli è già stato riconosciuto da un altro Stato membro o se essa possa procedere ad un nuovo esame autonomo della domanda nel merito.

Esito/punto di diritto: La Corte afferma che gli Stati membri non sono tenuti a riconoscere automaticamente le decisioni di riconoscimento dello *status* di

rifugiato adottate da un altro Stato membro. Qualora l'autorità competente non possa respingere in quanto inammissibile una domanda di protezione internazionale di un richiedente al quale un altro Stato membro abbia già concesso lo *status* di rifugiato, a causa di un serio rischio per il richiedente di essere sottoposto, in quest'altro Stato membro, ad un trattamento inumano o degradante, essa deve procedere ad un nuovo esame individuale, completo e aggiornato delle condizioni per il riconoscimento di uno degli *status* di protezione internazionale riconosciuti nel diritto UE (rifugiato e protezione sussidiaria). Nell'ambito di tale esame, detta autorità deve comunque tenere pienamente conto della decisione dell'altro Stato membro di concedere lo *status* di rifugiato al richiedente e degli elementi a sostegno di tale decisione. A tal fine, essa deve avviare, nel più breve tempo possibile, uno scambio di informazioni con l'autorità che l'ha adottata.

* * * * *

Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, decisione del 13 giugno 2024 sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel gruppo di ricorsi *J.A. e altri c. Italia*, n. CM/Notes/1501/H46-18

Categoria: Immigrazione

Parole chiave/Norme rilevanti: Esecuzione delle sentenze della Corte EDU – *Hotspot* di Lampedusa e Taranto – Detenzione illegittima – Espulsione collettiva – Minori non accompagnati

Fatto: Il Comitato di Ministri ha valutato lo stato di esecuzione delle sentenze rese dalla Corte EDU nei confronti dell'Italia nei ricorsi *J.A. & altri* (n. 21329/18), *A.B.* (n. 13755/18), *A.S.* (n. 20860/20), *A.T. & altri* (n. 47287/17) e *M.A.* (n. 13110/18). Il gruppo di casi riguarda l'illegittima detenzione in condizioni degradanti dei ricorrenti nelle strutture *hotspot* di Lampedusa e Taranto, l'espulsione collettiva di alcuni ricorrenti e l'indisponibilità di rimedi interni adeguati per i minori non accompagnati, al fine di contestare la privazione della libertà personale.

Esito/punto di diritto: Per quanto riguarda le misure individuali, il Comitato invita le autorità italiane a completare rapidamente il pagamento dell'equa soddisfazione riconosciuta dalla Corte. Per quanto riguarda le misure

di carattere generale, il Comitato prende atto delle misure adottate dalle autorità italiane per migliorare le condizioni di accoglienza presso l'*hotspot* di Lampedusa. Tuttavia, la mancanza di informazioni precise non consente una valutazione completa dell'impatto delle misure adottate e della necessità di ulteriori azioni correttive. Le autorità italiane sono quindi invitate a fornire informazioni e statistiche riguardanti l'*hotspot* di Lampedusa, nonché le azioni correttive intraprese o previste per migliorare le condizioni materiali nell'*hotspot* di Taranto e la situazione attuale in altri *hotspot* in Italia. Il Comitato, poi, nota con preoccupazione il persistente problema dell'illegittima privazione della libertà personale in questi centri, anche nei confronti di minori non accompagnati. Invita, pertanto, le autorità italiane a fornire informazioni dettagliate a proposito della attuale funzione dei centri *hotspot*, a garantire che il quadro giuridico nazionale relativo alla detenzione dei migranti minori non accompagnati sia effettivamente applicato nella pratica e a fornire, al riguardo, accesso alla casistica delle decisioni amministrative e giudiziarie rilevanti. Il Comitato, inoltre, invita le autorità italiane a presentare la loro valutazione sulle azioni correttive necessarie per affrontare le questioni relative all'espulsione collettiva dei migranti sollevate nel caso *J.A. & altri*, fornendo informazioni sulle disposizioni normative e sulle garanzie applicabili alla fattispecie. Infine, indica che gli adempimenti richiesti dovranno avvenire entro il 15 novembre 2024.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 20 giugno 2024, *F.O. e altri c. Ungheria* (ric. n. 9203/18); *H.L. c. Ungheria* (ric. n. 37641/19); *S.H. c. Ungheria* (ric. n. 47321/19)

Categoria: Frontiere

Parole chiave/Norme rilevanti: Art. 3 CEDU – Art. 5 CEDU – Ungheria – Zone di Transito – Röske e Tompa

Fatto: I ricorrenti sono tre cittadini afgani (*F.O. e altri*, madre e due figli di 5 anni e 5 mesi); un cittadino iracheno (*H.L.*) e uno iraniano (*S.H.*), giunti in Ungheria, in diversi momenti tra il 2017 e il 2020, e trattenuti presso le zone di transito di Röske (*F.O. e altri*) e Tompa (*H.L.* e *S.H.*). Davanti alla Corte di Strasburgo, lamentano la violazione dell'art. 3 CEDU a causa delle condizioni di trattenimento (segnatamente: la mancata somministrazione di cibo nei primi due ricorsi, l'assenza di adeguate cure e attenzioni mediche nel

terzo, dove la ricorrente era stata trattenuta in regime di confinamento, con gravi ripercussioni sulla propria salute mentale); nonché dell’art. 5 CEDU, in riferimento all’illegittimità del loro prolungato trattenimento nelle zone di transito.

Esito/punto di diritto: La Corte riscontra una violazione dell’art. 3 CEDU in tutti i ricorsi in considerazione. In particolare, nel caso *F.O. e altri*, sottolinea lo speciale stato di vulnerabilità dei ricorrenti e, soprattutto, del ricorrente neonato di 5 mesi, a cui non vennero forniti specifici alimenti adatti alla sua età e condizione. Nel caso *S.H.*, parimenti, evidenzia la situazione specialmente vulnerabile della ricorrente e il mancato tempestivo ed adeguato intervento delle autorità ungheresi per la salvaguardia della sua salute mentale. Quanto alle doglianze relative all’art. 5 CEDU, la Corte ne riscontra una violazione nei casi *H.L.* e *S.H.*, sotto i profili di cui ai paragrafi 1 e 4, in quanto il trattenimento dei ricorrenti integrava una forma di detenzione *de facto* attuata al di fuori di una cornice regolatoria normativo-procedurale adeguata e chiara. La violazione della norma è invece esclusa nel caso *F.O. e altri*, dove il trattenimento dei ricorrenti si era protratto per 37 giorni: una durata, secondo la Corte, non eccessiva, vista la pendenza dell’esame della loro domanda d’asilo (in linea con quanto già affermato dalla Corte nella sentenza di Grande Camera in *Ilias e Ahmed c. Ungheria*).

* * * * *

Giurisprudenza nazionale

Tribunale di Firenze, Sezione Specializzata Protezione Internazionale, ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE *ex art. 267 TFUE* del 15 maggio 2024 (Costa d’Avorio)

Tribunale di Firenze, Sezione Specializzata Protezione Internazionale, ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE *ex art. 267 TFUE* del 31 maggio 2024 (Nigeria)

Categoria: Asilo

Parole chiave/Norme rilevanti: Articoli 36, 37 e 46, direttiva 2013/32/UE – Procedura accelerata – Paesi di origine sicuri – Esclusioni personali

Fatto: I procedimenti da cui hanno avuto origine i due rinvii pregiudiziali promossi dal Tribunale di Firenze hanno ad oggetto le domande promosse da richiedenti asilo provenienti dalla Costa d’Avorio e dalla Nigeria e volte

all'annullamento delle decisioni con le quali l'Autorità Amministrativa ha rigettato le loro domande di protezione internazionale per manifesta infondatezza, considerata la provenienza da un paese di origine sicuro, (nonché l'accertamento del diritto degli interessati a permanere sul territorio nazionale in attesa dell'esito del giudizio di merito).

Esito/punto di diritto: Con le due ordinanze di rinvio, il Tribunale domanda alla Corte di giustizia «*se il diritto dell'UE e, in particolare, gli articoli 36, 37 e 46 della Direttiva 2013/32/UE debbano essere interpretati nel senso che essi ostano a che uno Stato membro designi uno Stato come paese di origine sicuro con esclusione di categorie di persone a rischio, nei confronti delle quali non si applica la presunzione di sicurezza e se, quindi, in tal caso, il Paese nel suo complesso non possa essere considerato un paese di origine sicuro ai fini della Direttiva*». Secondo il Tribunale, ammettere la possibilità di qualificare un paese come sicuro con esclusioni di intere categorie di persone a rischio significherebbe consentire, di fatto, ai singoli Stati Membri di qualificare qualunque paese come sicuro: infatti, eccezion fatta per le situazioni di violenza indiscriminata, appare difficilmente individuabile uno Stato dove le discriminazioni riguardano la generalità della popolazione. Dunque, a parere del giudice del rinvio, non appare compatibile con l'impianto del sistema e con il rapporto tra principi generali e deroghe la possibilità di ampliare la nozione di paese di origine sicuro, attraverso meccanismi non previsti nella direttiva (quali le esclusioni di categorie personale) e che implicano accertamenti non compatibili con la ristrettezza dei tempi dati dalla procedura accelerata. In ogni caso e in via subordinata, nell'ipotesi in cui tale modalità di designazione non sia ritenuta vietata dal diritto dell'Unione in maniera assoluta, il Tribunale domanda alla Corte «*se il diritto dell'UE osti ad una norma nazionale che designi un paese di origine sicuro con esclusioni personali che, per numero e tipologia, sono di difficile accertamento, considerati i tempi ristretti della procedura accelerata (in particolare: "Detenuti; Persone con disabilità fisiche o mentali; Albini; Sieropositivi; Comunità LGBT; Vittime di discriminazione sulla base dell'appartenenza di genere, incluse vittime e potenziali vittime di MGF; Vittime di tratta; Giornalisti") e se, quindi, in tal caso, il Paese nel suo complesso non possa essere considerato un Paese di origine sicuro ai fini della Direttiva*».



**FORUM “IMMIGRAZIONE, FRONTIERE E ASILO” (IFA)
AGGIORNAMENTI SULLA GIURISPRUDENZA**

Bollettino mensile nn. 7/8 – luglio, agosto 2024

A cura di Erika Colombo e Francesco Luigi Gatta

Coordinamento scientifico: Daniela Vitiello

In questo numero:

Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea	386
Corte di giustizia, sentenza del 29 luglio 2024, cause riunite C-112/22 CU e C-223/22, <i>ND</i>	386
Corte di giustizia, sentenza del 29 luglio 2024, causa C-14/23, <i>Perle</i>	387
Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo	388
Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenze del 2 luglio 2024, <i>B.A. c. Cipro</i> (ric. n. 24607/20) e <i>K.A. c. Cipro</i> (ric. n. 63076/19)	388
Corte europea dei diritti dell’uomo, decisione (rimessione in Grande Camera), <i>H.M.M. e altri c. Lettonia</i> , ric. n. 42165/21	389
Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenze del 25 luglio 2024, <i>D.H. e altri c. Svezia</i> (ric. n. 34210/19) e <i>Okubamichael Debru c. Svezia</i> (ric. n. 49755/18)	390
Giurisprudenza nazionale	391
Tribunale di Roma, Sezione Diritti della persona e Immigrazione, decreto del 1° luglio 2024, n. 26085	391
Corte di Cassazione, Prima Sez. Civile, sentenza del 9 luglio 2024, n. 2879	392
Tribunale di Roma, Sezione Diritti della persona e Immigrazione, sentenza del 10 luglio 2024	393

Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

Corte di giustizia, sentenza del 29 luglio 2024, cause riunite C-112/22 CU e C-223/22, ND

Categoria: Immigrazione

Parole chiave/Norme rilevanti: Direttiva 2003/109/CE – Parità di trattamento – Reddito di cittadinanza – Residenza per almeno dieci anni – Discriminazione indiretta

Fatto: CU e ND, cittadine di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo in Italia, venivano accusate di aver commesso il reato di cui all'art. 7, co. 1, D.L. n. 4/2019, in quanto esse avrebbero sottoscritto domande volte all'ottenimento del «reddito di cittadinanza», attestandovi falsamente di soddisfare i requisiti per la concessione di tale prestazione, ivi compreso il requisito della residenza in Italia da almeno dieci anni previsto da suddetto D.L. Il Tribunale di Napoli sollevava rinvio pregiudiziale, nutrendo dubbi circa la conformità del D.L. n. 4/2019 al diritto dell'Unione nella misura in cui, al fine di ottenere il «reddito di cittadinanza», che costituisce una prestazione di assistenza sociale volta a garantire un livello minimo di sussistenza, impone ai cittadini di paesi terzi di avere risieduto in Italia per almeno dieci anni, di cui gli ultimi due in modo continuativo.

Esito/punto di diritto: La Corte considera che il requisito di residenza di cui trattasi costituisce una discriminazione indiretta nei confronti dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, poiché, pur applicandosi anche ai cittadini nazionali, esso interessa principalmente i cittadini stranieri, tra i quali, in particolare, tali cittadini di paesi terzi. I giudici di Lussemburgo evidenziano come la direttiva 2003/109/CE abbia imposto al cittadino di un paese terzo, quale requisito per l'ottenimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo, un soggiorno legale e ininterrotto di cinque anni nel territorio di uno Stato membro. Tale periodo è considerato sufficiente dal legislatore dell'Unione al fine di assicurare la parità di trattamento con i cittadini di tale Stato membro, in particolare, per quanto riguarda le misure riguardanti le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale. Pertanto, uno Stato membro non può prorogare unilateralmente il periodo di soggiorno richiesto dalla direttiva affinché un cittadino di un paese terzo soggiornante di lungo periodo possa beneficiare di un trattamento paritario rispetto ai cittadini di tale Stato membro in materia di accesso a una simile misura.

Corte di giustizia, sentenza del 29 luglio 2024, causa C-14/23, *Perle*

Categoria: Immigrazione

Parole chiave/Norme rilevanti: Direttiva 2016/801 – Articolo 20, paragrafo 2, lettera f) – Articolo 34, paragrafo 5 – Permesso per motivi di studio – Divieto di pratiche abusive

Fatto: Una cittadina camerunese presentava una domanda di visto per studiare in Belgio. Lo Stato belga rigettava la domanda dell'interessata, ritenendo che il suo progetto di studi fosse incoerente e sostenendo che la sua domanda fosse in realtà volta al perseguimento di fini diversi dal proseguimento degli studi. La richiedente contestava tale decisione dinanzi al Consiglio per il contenzioso degli stranieri belga e, successivamente, dinanzi al Consiglio di Stato belga. Quest'ultimo sollevava rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, al fine di stabilire l'ambito di applicazione dell'articolo 20, paragrafo 2, lettera f), della direttiva 2016/801, che consente il rigetto della domanda di soggiorno per motivi di studio qualora sia accertato che il cittadino di paese terzo ha la volontà di soggiornare per fini diversi da quelli per cui chiede di essere ammesso. Il giudice *a quo*, inoltre, chiedeva alla Corte la corretta interpretazione dell'art. 34, par. 5, della medesima direttiva, relativo all'impugnabilità delle decisioni di diniego del permesso di soggiorno per motivi di studio.

Esito/punto di diritto: La Corte afferma che uno Stato membro, pur non avendo trasposto l'art. 20, par. 2, lett. f), della direttiva 2016/801, può respingere una domanda di ammissione nel suo territorio per motivi di studio con la motivazione che il cittadino di un paese terzo ha presentato tale domanda senza avere la reale intenzione di studiare nel territorio di tale Stato membro, in applicazione del principio generale di diritto dell'Unione del divieto di pratiche abusive. Per quanto riguarda le circostanze che consentono di concludere nel senso del carattere abusivo della domanda, la Corte ritiene che una tale conclusione debba essere fondata su un esame caso per caso che comporti una valutazione individuale di tutte le circostanze proprie di ciascuna domanda (come, ad esempio, manifeste incoerenze nel progetto di studi del richiedente). Infine, con riferimento alla questione connessa al diritto a un ricorso effettivo, i giudici di Lussemburgo affermano che, in conformità all'art. 34, par. 5, della citata direttiva, gli Stati membri possono prevedere che il giudice competente ad esaminare un ricorso avverso un diniego di ammissione nel territorio di uno Stato membro per motivi di studio

sia competente solo ad annullare tale decisione, senza essere, quindi, abilitato a riformarla. Infatti, per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, è sufficiente che le autorità amministrative siano vincolate dalla decisione del giudice di cui trattasi e che l'adozione di una nuova decisione possa avvenire entro un breve termine.

* * * * *

Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 2 luglio 2024, *B.A. c. Cipro* (ric. n. 24607/20) e *K.A. c. Cipro* (ric. n. 63076/19)

Categoria: Asilo, Frontiere

Parole chiave/Norme rilevanti: Art. 5, paragrafi 1 e 4 CEDU – Detenzione prolungata – Richiedenti asilo – Cipro – Inerzia delle autorità

Fatto: I ricorrenti sono un cittadino siriano (ricorso *B.A.*) e un cittadino marocchino (ricorso *K.A.*) giunti irregolarmente a Cipro e posti in detenzione per motivi di sicurezza nazionale. Entrambi avevano avanzato richiesta di protezione internazionale all'arrivo sull'isola, ricevendo la pertinente documentazione attestante lo stato di richiedente asilo. Davanti alla Corte di Strasburgo, i ricorrenti lamentano una violazione del diritto alla libertà personale di cui all'art. 5, paragrafi 1 e 4 CEDU.

Esito/punto di diritto: La Corte constata una violazione dell'art. 5, par. 1 CEDU a causa della durata eccessiva della detenzione (oltre 2 anni e 9 mesi nel caso di *B.A.*, 9 mesi nel caso di *K.A.*), protrattasi in maniera arbitraria e non giustificata da esigenze oggettive, quali difficoltà nell'identificazione dei ricorrenti. Osserva altresì un'eccessiva durata del processo avviato dai ricorrenti per contestare la legittimità della privazione della libertà personale. La mancanza di diligenza e l'inerzia delle autorità cipriote conduce quindi anche a una violazione del par. 4 dell'art. 5 CEDU.

Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione (rimessione in Grande Camera), *H.M.M. e altri c. Lettonia*, ric. n. 42165/21

Categoria: Frontiere

Parole chiave/Norme rilevanti: Art. 3 CEDU – Art. 4, Protocollo n. 4 CEDU – Frontiera Bielorussa – Strumentalizzazione – Rimessione in Grande Camera

Fatto: I ricorrenti sono 26 cittadini iracheni di origine curda. Nell'estate del 2021 tentavano molteplici volte di entrare in Lettonia attraversando il confine con la Bielorussia. Venivano respinti dalle autorità lettoni, senza registrazione della loro domanda di asilo. Poiché nemmeno le autorità bielorusse consentivano ai ricorrenti di (ri)entrare nel territorio nazionale, si vedevano costretti a vivere nelle foreste lungo il confine per due settimane. Successivamente, venivano ammessi in territorio lettone e posti in detenzione nel centro per stranieri di Daugavpils fino al definitivo rimpatrio in Iraq. Davanti alla Corte di Strasburgo invocano una violazione dell'art. 3 CEDU, a causa del respingimento verso la Bielorussia, Paese non parte della CEDU e non sicuro per i richiedenti asilo, con contestuale rifiuto di registrare la loro domanda di protezione internazionale da parte delle autorità lettoni. Lamentano altresì maltrattamenti e condotte violente delle guardie di frontiera lettoni e di essere stati costretti a vivere in condizioni precarie nella foresta presso il confine, senza cibo, acqua e assistenza medica. Invocano altresì una violazione dell'art. 4, Protocollo n. 4 CEDU a causa delle espulsioni sommarie ripetutamente subite al confine (c.d. *push-back*) senza aver beneficiato di un esame oggettivo e individuale della propria situazione personale; nonché una violazione dell'art. 13 CEDU, considerato congiuntamente al divieto di espulsione collettiva, a causa della mancanza di un rimedio effettivo. Infine, invocano una violazione dell'art. 5 CEDU a proposito della legittimità della loro detenzione presso il centro per migranti situato nella città lettone di Daugavpils.

Esito/punto di diritto: Il ricorso è stato comunicato al governo lettone il 3 maggio 2022. Il 2 luglio 2024 la Camera presso cui lo stesso era pendente ha deciso di rimetterne l'esame alla Grande Camera ai sensi dell'art. 30 CEDU. Al momento di tale decisione, oltre 30 ricorsi risultavano pendenti a proposito di analoghe vicende verificatesi tra la primavera del 2021 e l'estate del 2023 alle frontiere tra Bielorussia e Lituania, Polonia e Lettonia. Rimissioni in Grande Camera erano state precedentemente disposte in riferimento ad

analoghi ricorsi introdotti contro la Lituania ad aprile 2024 (*C.O.C.G. e altri c. Lituania*, ric. n. 17764/22) e Polonia a giugno 2024 (*R.A. e altri c. Polonia*, ric. n. 42120/21). La Grande Camera ha disposto la fissazione di un'udienza pubblica per il gruppo di ricorsi il 12 febbraio 2025.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 25 luglio 2024, *D.H. e altri c. Svezia* (ric. n. 34210/19) e *Okubamichael Debru c. Svezia* (ric. n. 49755/18)

Categoria: Asilo, Immigrazione

Parole chiave/Norme rilevanti: Art. 8 CEDU – Art. 14 CEDU – Ricongiungimento familiare – Svezia – Mancanza di risorse economiche sufficienti

Fatto: I ricorrenti sono una famiglia di cittadini eritrei (ricorso *D.H. e altri*), di cui la madre, che risiede in Svezia avendo ivi ottenuto lo *status* di rifugiato, i suoi due figli e la madre di lei (la nonna), che vivono in Sudan; e un cittadino etiope (ricorso *Okubamichael Debru*), residente in Svezia e ivi riconosciuto come rifugiato, la cui moglie e le due figlie risiedono in Uganda. Entrambi i genitori residenti in Svezia avanzavano richiesta di ricongiungimento familiare, che veniva rigettata dalle autorità svedesi a motivo del fatto che i ricorrenti residenti in Svezia non soddisfacevano il requisito della soglia minima salariale per il mantenimento e l'alloggio (c.d. *maintenance requirement*). Davanti alla Corte di Strasburgo i ricorrenti sostengono che il diniego del ricongiungimento si pone in violazione dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 CEDU (divieto di discriminazione).

Esito/punto di diritto: La Corte esclude, all'unanimità, una violazione dell'art. 8 e dichiara inammissibile le doglianze *ex art. 14* della Convenzione. In considerazione delle circostanze del caso di specie, ritiene che, in entrambi i ricorsi, le autorità svedesi, sulla base del loro margine di apprezzamento, abbiano raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi concorrenti dei ricorrenti al ricongiungimento familiare e quelli dello Stato a controllare l'immigrazione nell'interesse generale e del benessere economico del Paese. Nota, in particolare, che nel caso *D.H. e altri* non fossero stati dimostrati ostacoli o difficoltà insormontabili nel mantenere i contatti con i familiari in Sudan ovvero nel viaggiare tra la Svezia e il Paese africano. Non erano altresì emersi particolari situazioni di vulnerabilità o dipendenza dei ricorrenti residenti in Sudan rispetto alla madre residente in Svezia. La Corte puntualizza anche che il principio dell'interesse superiore del minore non può rappresentare

una considerazione incontrovertibile tale da esigere l'ammissione di un minore nel territorio di uno Stato parte della CEDU. Quanto al ricorso *Okubamichael Debru*, la Corte osserva che il ricorrente era in grado di mantenere i contatti con i familiari residenti in Uganda, i quali beneficiavano della protezione e dei servizi dell'UNHCR, non essendoci, dunque, una particolare situazione di vulnerabilità, difficoltà o dipendenza degli stessi rispetto al genitore residente in Svezia.

* * * * *

Giurisprudenza nazionale

Tribunale di Roma, Sezione Diritti della persona e Immigrazione, decreto del 1° luglio 2024, n. 26085

Categoria: Asilo

Parole chiave/Norme rilevanti: Rinvio pregiudiziale *ex art. 363 bis* c.p.c. – Paese di origine sicuro – Tunisia – Sospensiva cautelare – Sindacata del giudice

Fatto: Un cittadino tunisino presentava domanda di protezione internazionale dinanzi alla competente Commissione territoriale. L'Amministrazione, tuttavia, rigettava l'istanza per manifesta infondatezza ai sensi dell'art. 28 *ter*, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 25/2008 in ragione della provenienza del richiedente da Paese designato di origine sicuro ai sensi dell'art. 2 *bis* del medesimo d.lgs. L'interessato, dunque, presentava tempestivamente ricorso e chiedeva la sospensione cautelare dell'efficacia del provvedimento di rigetto, eccependo che la Tunisia non potesse considerarsi paese di origine sicuro, senza allegare ragioni specifiche riferibili alla sua persona, ma facendo riferimento al mutamento della situazione generale della Tunisia riguardante la generalità delle persone.

Esito/punto di diritto: Il Tribunale ritiene che l'ambito di operatività del sindacato del giudice ai fini della valutazione della natura “sicura” o meno del Paese di origine del richiedente (nel caso di specie la Tunisia) rileva ai fini della decisione sulla misura cautelare invocata. Infatti, come evidenziato dal Collegio, nel caso in cui potesse ritenersi la Tunisia – nonostante la sua inclusione nella lista dei Paesi sicuri di cui al DM del 7 maggio 2024 (e prima ancora nei precedenti DM) – paese “non sicuro”, la sospensione cautelare

richiesta dovrebbe ritenersi automaticamente concessa per la sola proposizione del ricorso di protezione internazionale ai sensi dell'art. 35 bis, co. 3, prima parte, d.lgs. n. 25/2008 ed in assenza dei gravi motivi di cui al successivo comma 4. Pertanto, il Tribunale propone alla Corte di Cassazione, ai sensi dell'art. 363 bis c.p.c., il seguente quesito pregiudiziale: «se in caso di soggetto proveniente da paese di origine sicuro, nell'ambito del procedimento conseguente al provvedimento di rigetto per manifesta infondatezza ai sensi dell'art. 28 ter, D.Lvo. n. 25/2008 – emesso dalla Commissione territoriale per il Riconoscimento della Protezione Internazionale, il giudice ordinario sia vincolato alla lista dei paesi di origine sicura approvata con il decreto interministeriale, o se il giudice debba, anche in ragione del dovere di cooperazione istruttoria, comunque valutare, sulla base di informazioni sui paesi di origine (COI) aggiornate al momento della decisione, se il Paese incluso nell'elenco dei "Paesi di origine sicuri" sia effettivamente tale alla luce della normativa europea e nazionale vigente in materia».

Corte di Cassazione, Prima Sez. Civile, sentenza del 9 luglio 2024, n. 2879

Categoria: Immigrazione

Parole chiave/Norme rilevanti: Articolo 4, D.L. n. 13/2017 – Articolo 28, comma 2, d.lgs. n. 286/1998 – Ricongiungimento familiare – Diniego del visto di ingresso – Competenza

Fatto: Una cittadina nigeriana, naturalizzata italiana, impugnava dinanzi il Tribunale di Bologna il rigetto della sua richiesta di rilascio del visto d'ingresso ai sensi dell'art. 8, d.lgs. n. 30/2007 in favore della figlia maggiorenne, affinché la stessa (per necessità di cure mediche cui deve essere sottoposta in conseguenza di una patologia e di ricevere assistenza anche morale) potesse raggiungere la madre residente in Italia. Il Tribunale, sollevando un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 363 *bis* c.p.c., ha posto alla Corte di Cassazione il seguente quesito di diritto: «come si determina la competenza territoriale delle Sezioni specializzate in materia di immigrazione e libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea nelle controversie aventi ad oggetto il diniego di visto di ingresso di un cittadino straniero – per il ricongiungimento a cittadino italiano – emesso dall'autorità consolare all'estero».

Esito/punto di diritto: La Cassazione afferma che le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione del diniego del visto di ingresso del cittadino ex-

tra UE, familiare di cittadino UE, emesso dall'autorità consolare all'estero, e l'affermazione del diritto di soggiorno, ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 30/2007 – e non dell'art. 30, co. 6, d.lgs. n. 286/1998 –, è di competenza territoriale della Sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione cittadini UE, del Tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'autorità che ha emesso il provvedimento. Dal momento che l'emissione dei visti di ingresso è di competenza degli uffici consolari, che sono articolazione periferica del Ministero degli Affari Esteri, la competenza spetta al Tribunale di Roma, ove ha sede il suddetto Ministero. Ciò in applicazione del combinato disposto dell'art. 4, D.L. n. 13/2017 (conv. In L. n. 46/2017) e dell'art. 28, co. 2, d.lgs. n. 286/1998.

Tribunale di Roma, Sezione Diritti della persona e Immigrazione, sentenza del 10 luglio 2024

Categoria: Asilo

Parole chiave/Norme rilevanti: Articolo 19, comma 1.2, d.lgs. n. 286/1998 – Protezione speciale – Domanda diretta al Questore – Inespellibilità – Obbligo per la PA

Fatto: Una cittadina ucraina giungeva in Italia a seguito dell'invasione del suo paese da parte delle forze armate russe e ivi otteneva riconoscimento della protezione temporanea. Successivamente, tentava di presentare domanda di protezione speciale al Questore *ex art.* 19, co. 1.2, d.lgs. n. 286/1998, per sé e per suo figlio, via PEC. Tuttavia, l'amministrazione si rifiutava di formalizzare la richiesta sull'assunto dell'abrogazione di tale facoltà, a seguito dell'entrata in vigore del D.L. n. 20/2023, conv. in L. n. 50/2023. L'interessata, pertanto, proponeva ricorso dinanzi al Tribunale di Roma, al fine di ottenere il riconoscimento del diritto alla formalizzazione della domanda di protezione speciale.

Esito/punto di diritto: Secondo il Tribunale di Roma continua a sussistere nell'ordinamento la possibilità per qualsiasi cittadino straniero di rivolgersi direttamente al Questore per chiedere la protezione speciale (anche via PEC), essendo ininfluenza l'abrogazione della specifica previsione di cui all'art. 19, co. 1.2, d.lgs. n. 286/1998. Il Tribunale evidenzia che «[l]a permanenza nel Testo Unico Immigrazione della previsione di inespellibilità per i casi in cui il rimpatrio comporti una lesione di diritti fondamentali della persona tute-

lati dall'ordinamento costituzionale e internazionale necessariamente comporta il corrispettivo obbligo per l'Amministrazione di rilascio di un titolo di soggiorno al realizzarsi di questi casi, che garantisca la regolarità della presenza dell'individuo inespellibile sul territorio nazionale e il godimento di tutti i diritti connessi, da individuare nel permesso di soggiorno per protezione speciale». Pertanto, secondo il Collegio, se l'ordinamento tuttora contempla il diritto al riconoscimento della protezione speciale e al rilascio del relativo titolo di soggiorno, la persona che intenda far accertare di trovarsi in una delle situazioni di inespellibilità che danno diritto alla protezione speciale deve necessariamente disporre della possibilità di domandare all'autorità amministrativa lo svolgimento di tale accertamento. È poi la Pubblica Amministrazione a decidere se la domanda debba essere valutata secondo la vecchia procedura di cui all'art. 19, co. 1.2, d.lgs. n. 286/1998 (e, dunque, previa acquisizione del parere della Commissione Territoriale), ovvero se l'intera trattazione e decisione debbano essere affidate alla Commissione Territoriale per il Riconoscimento della Protezione Internazionale secondo le modalità ordinariamente previste nel caso di domanda d'asilo.



**FORUM “IMMIGRAZIONE, FRONTIERE E ASILO” (IFA)
RASSEGNA DI ATTI, DOCUMENTI e DOTTRINA
Bollettino bimestrale n. 3 – maggio, giugno 2024**

*A cura di Valeria Amenta, Giulia Dal Ben, Michele Migliori e Agnese Palazzi
Coordinamento scientifico: Marco Borraccetti e Caterina Fratea*

In questo numero:

Atti di diritto dell’Unione europea	395
Immigrazione	395
Frontiere	399
Asilo	403
Dottrina	405
Immigrazione	405
Frontiere	408
Asilo	410

Atti di diritto dell’Unione europea

Immigrazione

- *Regolamento (UE) 2024/1350 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 che istituisce un quadro dell’Unione per il reinsediamento e l’ammissione umanitaria e modifica il regolamento (UE) 2021/1147, 22 maggio 2024. L’Unione mira ad operare una redistribuzione più equa dei soggetti bisognosi di protezione internazionale e a rafforzare il partenariato con i paesi terzi di provenienza, al fine di ridurre la pressione su di essi, accrescere le*

opportunità di accoglienza e contrastare i movimenti irregolari e pericolosi successivi.

- *Regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 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*, 22 maggio 2024. Viene introdotto un quadro comune finalizzato alla gestione dell'asilo e della migrazione all'interno dell'Unione e al funzionamento del sistema europeo comune di asilo. Con il medesimo atto è, poi, istituito un meccanismo di solidarietà e vengono individuate le modalità per la determinazione dello Stato competente all'esame di una domanda di protezione internazionale.
- *Regolamento (UE) 2024/1359 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo e che modifica il regolamento (UE) 2021/1147*, 22 maggio 2024. Il presente regolamento mira ad affrontare e gestire situazioni eccezionali a carattere emergenziale, ivi comprese la strumentalizzazione nel settore della migrazione e dell'asilo nel territorio dell'Unione.
- Commissione europea, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Common Implementation Plan for the Pact on Migration and Asylum*, 12th June 2024, COM(2024) 251 final [available only in English]. La comunicazione illustra il piano comune di implementazione del nuovo patto sulla migrazione e l'asilo e delinea le tempistiche dell'adozione delle misure necessarie all'attuazione delle riforme. La Commissione è tenuta, ai sensi del regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione e del regolamento sulla procedura di asilo, a presentare un piano di attuazione comune. In considerazione dell'importanza dell'attuazione e della sua natura complessa, la Commissione ha deciso di anticipare la sua adozione da settembre a giugno 2024, in modo che gli Stati membri abbiano il massimo tempo per preparare i loro piani nazionali di attuazione, da presentare entro il 12 dicembre 2024. Il piano di attuazione comune adotta un approccio pragmatico e si concentra sugli aspetti fondamentali che gli Stati membri devono prendere in considerazione quando sviluppano i loro piani che devono essere attuati a livello dell'Unione e nazionale per garantire che il patto sulla migrazione e l'asilo diventi operativo entro la metà del 2026. Il documento fornisce il quadro di riferimento per un programma di lavoro congiunto per i prossimi due anni, compresi i risultati legali

e operativi, le strutture di discussione e il relativo sostegno operativo e finanziario.

- Consiglio dell’Unione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un bacino di talenti dell’UE, Dichiarazione dell’Ungheria*, 12 giugno 2024, reperibile al seguente *link*. L’Ungheria esprime il proprio apprezzamento per gli sforzi della presidenza per trovare un compromesso sui negoziati rispetto al bacino dei talenti. Tuttavia, dichiara di astenersi dall’adozione dell’orientamento generale dal momento che non ritiene che sia giustificata un’azione a livello dell’UE volta a facilitare l’afflusso di cittadini di paesi terzi.
- Commissione europea, documento operativo, *Operational Checklist and List of Commission Implementing and Delegated Acts to be adopted for the Implementation of the Pact on Migration and Asylum Accompanying the document “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and social committee and the committee of the Regions”, Common Implementation Plan for the Pact on Migration and Asylum*, 12th June 2024, SWD(2024) 251 final [available only in English]. Il documento che accompagna la comunicazione dedicata al piano di implementazione per il patto sulla migrazione e l’asilo contiene un elenco non esaustivo delle azioni necessarie per implementare il patto stesso.
- Consiglio dell’Unione europea, documento interistituzionale, *Notification from Denmark – Regulation (EU) of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management, amending Regulations (EU) 2021/1147 and (EU) 2021/1060 and repealing Regulation (EU) No 604/2013. Regulation (EU) of the European Parliament and of the Council on the establishment of ‘Eurodac’ for the comparison of biometric data in order to effectively apply Regulations (EU) .../... and (EU) .../... of the European Parliament and of the Council and Council Directive 2001/55/EC and to identify illegally staying third-country nationals and stateless persons and on requests for the comparison with Eurodac data by Member States’ law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes, amending Regulations (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/818 of the European Parliament and of the Council and repealing Regulation (EU) No 603/2013 of the European Parliament and of the Council. Regulation (EU) of the European Parliament and of the Council addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum and amending Regulation (EU) 2021/1147*, 13th June 2024, reperibile al seguente *link* [available only in English and Danish]. Il do-

cumento contiene una comunicazione alla Commissione e al Consiglio sulla decisione danese di attuare il contenuto del regolamento Eurodac, le parti pertinenti al regolamento Dublino e del regolamento sulla crisi.

- *Direttiva (UE) 2024/1712 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*, 13 giugno 2024. La direttiva approvata apporta modifiche alla direttiva 2011/36/UE, principale strumento giuridico dell'Unione per la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime di tale reato. Nella comunicazione del 14 aprile 2021 sulla strategia dell'UE per la lotta alla tratta degli esseri umani 2021-2025, la Commissione ha delineato una risposta strategica basata su un approccio multidisciplinare e d'insieme, dalla prevenzione della tratta, alla protezione delle vittime, fino all'azione penale e alla condanna dei trafficanti. Per fare fronte a una situazione in divenire nel settore della tratta di esseri umani, nonché alle carenze individuate dalla Commissione, e al fine di intensificare ulteriormente gli sforzi contro tale reato, è risultato necessario modificare la direttiva 2011/36/UE.
- Consiglio dell'Unione europea, *Decisione di esecuzione del Consiglio recante raccomandazione relativa alla correzione delle carenze riscontrate nella valutazione 2023 di Cipro riguardo al soddisfacimento delle condizioni necessarie per l'applicazione dell'acquis di Schengen nel settore del sistema d'informazione Schengen*, 14 giugno 2024, reperibile al seguente *link*. Il Consiglio dell'Unione europea trasmette alle delegazioni la decisione di esecuzione che contiene raccomandazioni relative alle carenze riscontrate nella valutazione 2023 di Cipro riguardo al soddisfacimento delle condizioni necessarie per l'applicazione dell'acquis di Schengen nel settore del sistema d'informazione Schengen. La decisione è stata adottata dal Consiglio nella sessione del 13 giugno 2024. A seguito della prima valutazione operata dalla Commissione nei confronti di Cipro, è risultato opportuno formulare delle raccomandazioni sui provvedimenti correttivi che Cipro deve adottare per affrontare le carenze riscontrate e gli ambiti da migliorare nel quadro della valutazione della Commissione dell'ottobre 2023.
- Consiglio dell'Unione europea, documento interistituzionale, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un bacino di talenti dell'UE*, 18 giugno 2024, reperibile al seguente *link*. Il documento contiene le modifiche apportate dal Consiglio dell'Unione europea alla proposta di regolamento che mira ad istituire il cosiddetto

EU Talent Pool, un bacino di talenti dell'UE e una piattaforma di incontro per i cittadini di paesi terzi che desiderano fare domanda di lavoro e migrare legalmente in uno Stato membro, nonché per i datori di lavoro con sede nell'Unione che cercano potenziali dipendenti nei paesi terzi, e che dovrebbe facilitare l'ammissione e la libera circolazione dei lavoratori di paesi terzi.

- *Regolamento (UE) 2024/1717 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 recante modifica del regolamento (UE) 2016/399 che istituisce un codice dell'Unione relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone*, 20 giugno 2024. Il regolamento apporta modifiche al regolamento (UE) 2016/399 con la finalità di consentire agli Stati membri di rispondere con efficacia alle sfide a cui fanno fronte, rafforzare la fiducia tra gli Stati membri, la solidarietà reciproche e di garantire l'assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla loro nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne.
- Commissione europea, *Proposta di decisione di esecuzione del Consiglio che proroga la protezione temporanea introdotta dalla decisione di esecuzione (UE) 2022/382*, 24 giugno 2024, COM(2024) 253 final. Il 4 marzo 2022, il Consiglio ha adottato la decisione di esecuzione 2022/382 e ha attivato la direttiva 2001/55/CE del 20 luglio (direttiva sulla protezione temporanea) per determinate categorie di persone sfollate, a partire dal 24 febbraio 2022 incluso, a seguito dell'invasione militare dell'Ucraina da parte delle forze armate russe che ha avuto inizio in tale data. A norma dell'articolo 4, par. 1 di tale direttiva, la durata iniziale della protezione temporanea è pari ad un anno e può essere prorogata automaticamente di sei mesi in sei mesi, per un periodo massimo di un anno. La proroga è stata disposta per la prima volta fino al 4 marzo 2024, e in seguito per un altro anno, fino al 4 marzo 2025. L'obiettivo della proposta è quello di estendere ulteriormente l'applicazione della decisione di esecuzione 2022/382 del Consiglio ai soggetti di cui alla decisione stessa per il periodo che va dal 5 marzo 2025 al 4 marzo 2026.

Frontiere

- *Accordo tra l'Unione europea e l'Islanda su disposizioni complementari in relazione allo strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti, nell'ambito del fondo per la gestione integrata delle frontiere per il periodo 2021-2027*, 1° maggio 2024. È entrato

in vigore l'accordo tra l'Unione e l'Islanda che fissa le misure necessarie alla partecipazione dell'Islanda allo strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti («BMVI»).

- *Accordo tra l'Unione europea e il Principato del Liechtenstein su disposizioni complementari in relazione allo strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti, nell'ambito del fondo per la gestione integrata delle frontiere, per il periodo 2021-2027, 1° maggio 2024.* È entrato in vigore l'accordo tra l'Unione e il Principato del Liechtenstein che stabilisce le disposizioni per la partecipazione del Liechtenstein allo strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti («BMVI»).
- *Ritiro delle proposte della Commissione, 6 maggio 2024, C/2024/3117.* Come emerge dall'avviso pubblicato in Gazzetta ufficiale, la Commissione ha approvato tra l'altro il ritiro della proposta di decisione del Consiglio concernente la conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e la Bosnia-Erzegovina riguardante le azioni dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera in Bosnia-Erzegovina, COM(2019)110 final, e della proposta di decisione sulla conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia riguardante le azioni dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera nell'ex Repubblica jugoslava di Macedonia, COM(2018)611 final.
- *Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Settima relazione sui progressi compiuti nell'attuazione della strategia dell'UE per l'Unione della sicurezza, 15 maggio 2024, COM(2024) 198 final.* La Commissione dà atto dei progressi raggiunti in sede di attuazione della strategia per l'Unione della sicurezza nel proteggere le frontiere dell'UE e nel sostenere la cooperazione tra autorità di contrasto e autorità giudiziarie.
- *Regolamento (UE) 2024/1352 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 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, 22 maggio 2024.* Il regolamento mira a permettere alle autorità deputate agli accertamenti l'accesso ai dati contenuti nel sistema europeo di informazione sui casellari giudiziali riguardo ai cittadini di paesi terzi (ECRIS-TCN). L'accesso è permesso anche nei confronti dell'archivio comune di dati di identità (CIR) ai fini dell'identificazione o della verifica dell'identità e in relazione ai controlli di sicurezza stabiliti dal regolamento (UE) 2024/1356.
- *Regolamento (UE) 2024/1356 del Parlamento europeo e del Consiglio*

del 14 maggio 2024 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, 22 maggio 2024. Vengono introdotti nuovi accertamenti al fine di rafforzare il controllo dei cittadini di paesi terzi che attraversano le frontiere esterne, attraverso la relativa identificazione e l'accesso alle banche dati pertinenti. Viene inoltre istituito presso ciascuno Stato membro un meccanismo autonomo per l'osservanza del diritto dell'Unione e della Carta durante gli accertamenti.

- *Regolamento (UE) 2024/1358 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 che istituisce l'«Eurodac» per il confronto dei dati biometrici ai fini dell'applicazione efficace dei regolamenti (UE) 2024/1351 e (UE) 2024/1350 o 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, 22 maggio 2024. Viene istituito un sistema per il confronto dei dati biometrici con l'impronta digitale latente, una traccia dattiloscopica rilevabile sul luogo del reato, come supporto all'attuazione della politica in materia di asilo e migrazione dell'Unione, in tal modo semplificando l'accesso ai dati Eurodac ed estendendone la portata.*
- *Accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Serbia relativo alle attività operative svolte dall'Agenzia europea della Guardia di Frontiera e Costiera nella Repubblica di Serbia del 23 maggio 2024, 23 maggio 2024. L'accordo stabilisce il quadro giuridico sotto forma di accordo sullo status per le situazioni in cui i membri delle squadre dispiegati dall'Agenzia dispongano di poteri esecutivi sul territorio della Repubblica di Serbia.*
- *Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2018/1806 per quanto riguarda Vanuatu, 31 maggio 2024, COM(2024) 365 final. L'atto propone di modificare il regolamento (UE) 2018/1806 spostando il riferimento a Vanuatu dall'allegato II (elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti dall'obbligo del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri per soggiorni la cui durata globale non sia*

superiore a 90 giorni su un periodo di 180 giorni) all'allegato I (elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne).

- Commissione europea, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla sospensione dell'esenzione dall'obbligo del visto per i cittadini di Vanuatu*, 31 maggio 2024, COM(2024) 366 final. La Commissione dà atto di aver sospeso l'esenzione dall'obbligo del visto e delle relazioni intrattenute con Vanuatu, in attuazione dell'articolo 8, par. 7, del regolamento sui visti, dopo aver appreso dell'esistenza di programmi di cittadinanza per investitori realizzati in elusione della procedura di rilascio dei visti Schengen, che garantivano l'accesso all'Unione in esenzione dall'obbligo del visto.
- *Decisione (UE) 2024/1639 del Consiglio del 30 maggio 2024 riguardante la firma, a nome dell'Unione, dell'accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Serbia relativo alle attività operative svolte dall'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera nella Repubblica di Serbia*, 5 giugno 2024. È stata autorizzata la firma dell'accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Serbia relativo alle attività operative svolte dall'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera in tale Stato, in attuazione dell'articolo 73, par. 3 del regolamento (UE) 2019/1896. Il medesimo atto approva, inoltre, la dichiarazione relativa all'Islanda, al regno di Norvegia, alla Confederazione svizzera e al Principato del Liechtenstein ad esso allegata.
- *Accordo tra l'Unione europea e il Regno di Norvegia su disposizioni complementari in relazione allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti, nell'ambito del Fondo per la gestione integrata delle frontiere per il periodo 2021-2027*, 5 giugno 2024. L'accordo stabilisce le disposizioni complementari necessarie per la partecipazione della Norvegia allo strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti («BMVI»), nell'ambito del fondo per la gestione integrata delle frontiere, per il periodo di programmazione 2021-2027, a norma dell'articolo 7, par. 6, del regolamento (UE) 2021/1148 («regolamento BMVI»).
- *Decisione (UE) 2023/1593 del Consiglio del 29 aprile 2024 relativa alla conclusione, a nome dell'Unione, dell'accordo tra l'Unione europea e il Regno di Norvegia su disposizioni complementari in relazione allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti, nell'ambito del Fondo per la gestione integrata delle frontiere per il periodo 2021-2027*, 5 giugno 2024. La decisione costituisce uno

sviluppo delle disposizioni dell'*acquis* di Schengen a cui l'Irlanda non partecipa, a norma della decisione 2002/192/CE del Consiglio. È approvato, a nome dell'Unione, l'accordo tra l'Unione europea e il Regno di Norvegia su disposizioni complementari in relazione allo strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere esterne e la politica dei visti, nell'ambito del fondo per la gestione integrata delle frontiere, per il periodo 2021-2027.

- *Decisione (UE) 2024/1606 del Consiglio del 29 aprile 2024 relativa alla conclusione, a nome dell'Unione, dell'accordo tra l'Unione europea e l'Islanda su disposizioni complementari in relazione allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti, nell'ambito del Fondo per la gestione integrata delle frontiere per il periodo 2021-2027, 5 giugno 2024.* A seguito dell'autorizzazione da parte del Consiglio ad avviare negoziati con l'Islanda, il Regno di Norvegia, la Confederazione svizzera e il Principato del Liechtenstein, la decisione costituisce uno sviluppo delle disposizioni dell'*acquis* di Schengen a cui l'Irlanda non partecipa, a norma della decisione 2002/192/CE del Consiglio. È approvato, a nome dell'Unione, l'accordo tra l'Unione europea e l'Islanda su disposizioni complementari in relazione allo strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti, nell'ambito del fondo per la gestione integrata delle frontiere, per il periodo 2021-2027.
- *Decisione (UE) 2024/1693 del Consiglio del 30 maggio 2024 che autorizza l'avvio di negoziati per un accordo tra l'Unione europea e il Principato di Andorra relativo a vari aspetti nel settore della gestione delle frontiere, 5 giugno 2024.* La Commissione è autorizzata ad avviare negoziati per un accordo con il Principato di Andorra su vari aspetti nel settore della gestione delle frontiere.

Asilo

- *Direttiva (UE) 2024/1346 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), 22 maggio 2024.* La direttiva apporta una serie di modifiche alla direttiva 2013/33/UE al fine di armonizzare le norme relative alle condizioni di accoglienza dei richiedenti negli Stati membri.
- *Regolamento (UE) 2024/1347 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 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, 22 maggio 2024. Il regolamento stabilisce i criteri per l'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, la definizione di uno status uniforme di rifugiato e per l'individuazione dei soggetti titolati a godere della protezione sussidiaria e della protezione internazionale riconosciuta.

- *Regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, 22 maggio 2024. Il regolamento stabilisce una procedura comune ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale a norma del regolamento (UE) 2024/1347.*
- *Regolamento (UE) 2024/1349 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 che stabilisce una procedura di rimpatrio alla frontiera e che modifica il regolamento (UE) 2021/1148, 22 maggio 2024. Il regolamento intende razionalizzare, semplificare e armonizzare le disposizioni procedurali degli Stati membri stabilendo una procedura di rimpatrio alla frontiera. Tale procedura dovrebbe applicarsi ai cittadini di paesi terzi e agli apolidi, la cui domanda è stata respinta nel contesto della procedura di asilo alla frontiera di cui al regolamento (UE) 2024/1348 (“procedura di asilo alla frontiera”).*
- *Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *Fundamental Rights Report 2024*, 5 giugno 2024, reperibile al seguente *link* [available only in English]. Il rapporto annuale sui diritti fondamentali della FRA si basa sui risultati della propria ricerca primaria quantitativa e qualitativa e sulla ricerca secondaria a livello nazionale condotte dalla rete di ricerca multidisciplinare dell'Agenzia. Il report dedica un capitolo alle preoccupazioni in materia di diritti fondamentali nell'ambito della migrazione e dell'asilo alle frontiere esterne.*
- *Agenzia dell'Unione europea per l'Asilo, *National Asylum Developments 2024*, 14 giugno 2024, reperibile al seguente *link* [available only in English]. Questa sintesi presenta gli sviluppi legislativi, istituzionali e politici in materia di asilo e accoglienza nei paesi dell'UE nel 2023, come presentato nella relazione sull'asilo 2024. I dettagli di ogni sviluppo e ulteriori analisi sono forniti nel rapporto.*

- Agenzia dell’Unione europea per l’Asilo, *Quarterly Overview of Asylum Case Law – June 2024*, 14 giugno 2024, reperibile al seguente *link* [available only in English]. L’Agenzia dell’Unione europea per l’asilo (EUAA) elabora periodicamente una raccolta di casi giurisprudenziali relativi alla protezione internazionale che sono stati pronunciati nel periodo marzo-maggio 2024.
- Agenzia dell’Unione europea per l’Asilo, *Asylum Report 2024*, 17 giugno 2024, reperibile al seguente *link* [available only in English]. L’Agenzia dell’Unione europea per l’asilo (EUAA) raccoglie informazioni su tutti gli aspetti del sistema europeo comune di asilo. A tal fine, il rapporto illustra le modifiche alle politiche, alle pratiche e alla legislazione. Presenta le tendenze in materia di asilo, gli indicatori chiave per l’anno di riferimento 2023, una panoramica del sistema di Dublino che determina lo Stato membro competente per un caso e una sezione dedicata ai richiedenti con esigenze particolari, compresi i minori non accompagnati. Sono presenti esempi di giurisprudenza per interpretare le leggi europee e nazionali nel contesto dell’*acquis* dell’UE in materia di asilo.

Dottrina

Immigrazione

- ACHILLI LUIGI, *The missing link: the role of criminal groups in migration governance*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-22, reperibile al seguente *link*.
- ACHILLI LUIGI, MISSBACH ABTJE, ALVAREZ VELASCO SOLEDAD, *Migration and crime in a divided world: strategies, perceptions, and struggles*, in *Comparative Migration Studies*, n. 1, 2024, pp. 8-22, reperibile al seguente *link*.
- 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*, 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*.

- BENVENUTI MARCO, MOROZZO DELLA ROCCA PAOLO, *Università e studenti stranieri. Un'analisi giuridica dell'accesso all'istruzione in Italia da parte dei cittadini di Paesi terzi*, Editoriale Scientifica, 2024, reperibile al seguente *link* (**Monografia**).
- BIRKINSHAW PATRICK, *The Rwanda Bill, Boat People and International Law*, in *European Public Law*, n. 2, 2024, pp. 77-186, reperibile al seguente *link*.
- BORRÀS-PENTINAT SUSANA, COSSIRI ANGELA, *Migrazione climatica: ragione di una ricerca*, in *Diritto Pubblico Europeo*, n. 1, 2024, pp. 485- 498, reperibile al seguente *link*.
- CONTIGIANI NINFA, *Le donne seguono. Cittadinanza di sangue ed emigrazione femminile nel codice dell'Italia liberale. Una riflessione*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, n. 1, 2024, pp. 602- 616, reperibile al seguente *link*.
- DI STASI ANGELA, CARACCILO IDA, CELLAMARE GIOVANNI, GARGIULO PIETRO, *International Migration and the Law. Legal Approaches to a Global Challenge*, Giappichelli, 2024, reperibile al seguente *link* (**Monografia**).
- FERNÁNDEZ ALLES JOSÉ JOAQUÍN, *El Pacto sobre Migración y Asilo: un asunto constitucional para la Unión Europea*, in *La Ley Unión Europea*, n. 125, 2024, reperibile al seguente *link*.
- FLIETHMANN ANSELM, SEIBEL VERENA, DEGEN DANIEL, *Deservingness Perceptions Toward Refugees: A Gender Perspective*, in *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 2024, pp. 1-16, reperibile al seguente *link*.
- GATTA FRANCESCO LUIGI, *The If and the How: Losing the EU Citizenship, but with Due Regard to the Due Process of (EU) Law*, in *European Papers*, n. 1, 2024, pp. 131-144, reperibile al seguente *link*.
- MESSERE GIULIA, ZANIER MARIA LETIZIA, *Le migrazioni ambientali e al femminile in prospettiva sociologica. Istanze di sostenibilità, diritti e vulnerabilità delle donne migranti*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, n. 1, 2024, pp. 589-601, reperibile al seguente *link*.
- OZDEMIR GULCE SAFAK, PISAREVSKAYA ASYA, *Why do some cities support irregular migrants? Qualitative comparative analysis of municipal activism for irregular migrants in 13 European global cities*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-21, reperibile al seguente *link*.
- PASSARINI FEDERICA, *La tutela dei migranti ambientali nel diritto dell'Unione europea: l'impatto dei recenti sviluppi della prassi giurisprudenziale nazionale e internazionale*, in *Diritto Pubblico Europeo*, n. 1, 2024, pp. 499-511, reperibile al seguente *link*.
- ROBERTI ILARIA, *Questioni connesse alla determinazione delle “quote mas-*

*sime” dei migranti economici dopo l’emanazione del c.d. “Decreto Cutro” (D.L. n.20/2023), in *federalismi.it*, n. 12, 2024, pp. 133-151, reperibile al seguente *link*.*

- RODA FERRÁN COMAS, *Pacto Sobre Migración y Asilo. Una mirada a las reformas normativas en migración y asilo de la Unión Europea, con específica atención a las relativas a situaciones de crisis y fuerza mayor*, in *La Ley Unión Europea*, n. 125, 2024, reperibile al seguente *link*.
- SANTOS VARA JUAN, *El nuevo pacto de la Unión Europea sobre migración y asilo*, Tirant lo Blanch, 2024, reperibile al seguente *link* (**Monografia**).

Risorse online

- AMBROSINI MAURIZIO, *I fenomeni migratori, oltre agli stereotipi e le rappresentazioni ansiogene*, in *Questione Giustizia*, 26 giugno 2024, reperibile al seguente *link*.
- BARRETT GAVIN, *Rule of Law Chickens Coming Home to Roost. The ruling in case C-123/22 European Commission v. Hungary*, in *Verfassungsblog*, 21st June 2024, reperibile al seguente *link*.
- CARRERA SERGIO, SHABBIR ANJUM, *Humanising EU migration policy. The transitioning of statues in the EU regular and labour migration law*, in *CEPS*, 14th May 2024, reperibile al seguente *link*.
- DE BRUYCKER PHILIPPE, *Genealogy and futurology on the pact on migration and asylum*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 6th May 2024, reperibile al seguente *link*.
- DEUTSCHMANN EMANUEL, *Survey Respondents *Can* Collectively Produce Accurate Immigration Estimates: Here’s how*, in *MPC Blog*, 6th May 2024, reperibile al seguente *link*.
- DI MARTINO CARLA, *L’accesso (negato) degli stranieri alle provvidenze sociali e il ruolo delle Corti*, in *ADiM Blog*, 30 giugno 2024, reperibile al seguente *link*.
- GUGLIELMI MARIAROSARIA, *I migranti: una freccia nell’arco della specie umana*, in *Questione Giustizia*, 24 giugno 2024, reperibile al seguente *link*.
- IPPOLITO FRANCO, *L’immigrazione come fenomeno giuridico-sociale*, in *Questione Giustizia*, 25 giugno 2024, reperibile al seguente *link*.
- MIELE RAFFAELE, *Una nuova proposta di legge per il rientro di giovani italiani e l’ingresso di italo/discendenti e “italici”: obiettivo il contrasto alla fuga di cervelli, alla denatalità e allo spopolamento*, in *Immigrazione.it*, 15 maggio 2024, reperibile al seguente *link*.

- MIKOLAJCZYK BARBARA, *The maze of legal support in the New Pact on Migration and Asylum*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 3rd June 2024, reperibile al seguente *link*.
- MOROZZO DELLA ROCCA PAOLO, *Sulla convertibilità del permesso di soggiorno di cui all'art. 31, c. 3, del testo unico sull'immigrazione*, in *Immigrazione.it*, 15 giugno 2024, reperibile al seguente *link*.
- MURRAY COLIN, *We're trying to find the Guy who did this... The Disapplication of the Illegal Migration Act in Northern Ireland*, in *EU Law Analysis*, 15th May 2024, reperibile al seguente *link*.
- PICCOLI LORENZO, PERNA ROBERTA, *An ethical tightrope? Balancing humanitarianism and equity in healthcare for irregular migrants*, in *MPC Blog*, 9th May 2024, reperibile al seguente *link*.
- REDAZIONE, *Immigrazione e asilo, l'attivismo di Bruxelles di fine mandato tra provvedimenti approvati e prossimi al traguardo*, in *Immigrazione.it*, 1^o maggio 2024, reperibile al seguente *link*.
- RIGO ENRICA, *Per la libertà di movimento*, in *Questione Giustizia*, 27 giugno 2024, reperibile al seguente *link*.
- SHABIR ANJUM, *A Critical appraisal of the EU's regular migration system. Objectifying, structurally discriminatory and not aligned with basic EU and international standards transitioning of statutes in the EU regular and labor migration law*, in *CEPS*, 29th April 2024, reperibile al seguente *link*.
- TERRANOVA GIUSEPPE, *Dal Marocco al Global South: come cambia la geografia della popolazione*, in *ADiM Blog*, 30 aprile 2024, reperibile al seguente *link*.
- ZIRULIA STEFANO, *Waiting for Kinsa. The Criminalisation of Facilitating Irregular Immigration before the CJEU*, in *Verfassungsblog*, 10th June 2024, reperibile al seguente *link*.

Frontiere

- GIL SÍLVIA MORGADES, *Lo que queda de Dublín: Entre responsabilidad y solidaridad*, in *La Ley Unión Europea*, n. 125, 2024, reperibile al seguente *link*.
- GKLIATI MARIANA, *Shaping the Joint Liability Landscape? The Broader Consequences of WS v Frontex for EU Law*, in *European Papers*, n. 1, 2024, pp. 69-86, reperibile al seguente *link*.
- GRACIA PÉREZ DANIEL, *Le risposte nazionali di alcuni Stati membri dell'UE alla crisi dello sfollamento per motivi ambientali: un riferimento*

particolare al caso italiano, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, n. 1, 2024, pp. 532- 558, reperibile al seguente *link*.

- GUILD ELSPETH, *Frontex and access to justice: The need for effective monitoring mechanisms*, in *European Law Journal*, 2024, pp. 1-13, reperibile al seguente *link*.
- LICASTRO GIUSEPPE, *Traffico di migranti: brevi spunti sulle proposte recenti di prevenzione e contrasto presentate dalla Commissione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2024, pp. 121-136, reperibile al seguente *link*.
- MARIN LUISA, *Frontex at the epicentre of a rule of law crisis at the external borders of the EU*, in *European Law Journal*, 2024, pp. 1-18, reperibile al seguente *link*.
- MILAN CHIARA, *Refugee solidarity activism in times of pandemic: reorganizing solidarity practices at the EU border*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-19, reperibile al seguente *link*.
- RAITERI MONICA, *I flussi eco-migratori tra miti e paure. Incertezze giuridiche nella gestione della (in)sicurezza climatica*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, n. 1, 2024, pp. 559-588, reperibile al seguente *link*.
- RIJPMMA JORRIT, *Watching the guards: Ensuring compliance with fundamental rights at the external borders*, in *European Law Journal*, 2024, pp. 1-13, reperibile al seguente *link*.
- SAVINO MARIO, *Il nuovo decreto sulla garanzia finanziaria: via libera alla procedura di frontiera in Italia e in Albania?*, in *ADiM Blog*, 30 giugno 2024, reperibile al seguente *link*.
- STRIK TINEKE, *Frontex's expanding mandate: Has democratic control caught up?*, in *European Law Journal*, 2024, pp. 1-21, reperibile al seguente *link*.
- VESHI DENARD, KOKA ENKELEJDA, HAXHIA KRISTEL, *Comments on the Albanian Constitutional Court V2-V4: Is the Italy- Albanian Protocol Regarding Irregular Migration Constitutional?*, in *Ordine Internazionale dei Diritti Umani*, n. 2, 2024, pp. 305-311, reperibile al seguente *link*.

Risorse online

- CARELLA GABRIELLA, *Procedura di confine e procedura ai confini della realtà nel Protocollo Italia – Albania in materia di migrazione*, in *SidiBlog*, 17 maggio 2024, reperibile al seguente *link*.
- GASBARRI LORENZO, *Eurocentrism and Frontex accountability for human*

rights violations, in *ADiM Blog*, 30 giugno 2024, reperibile al seguente *link*.

- GUERRA VERONICA, *La Corte di cassazione e il trasferimento del cittadino straniero: rinvii alle Sezioni Unite e un principio di diritto in materia*, in *Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani*, 30 aprile 2024, reperibile al seguente *link*.
- JAKULEVICIENE LYRA, *EU Screening Regulation: closing gaps in border control while opening new protection challenges?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 28th June 2024, reperibile al seguente *link*.
- LOTTA STORF PIA, *Bend it like Britain?*, in *Verfassungsblog*, 14th May 2024, reperibile al seguente *link*.
- MICHKOVÁ KAROLINA, *Two Step Forward? The Safe Country of Origin Concept at the CJEU*, in *Verfassungsblog*, 12th June 2024, reperibile al seguente *link*.
- MURRAY COLIN, PEERS STEVE, *High Trust Arrangements in a low Trust Context: The Rwanda Policy's impact on the Common Travel Area*, in *EU Law Analysis*, 30th April 2024, reperibile al seguente *link*.
- PANNIA PAOLA, ARICÒ ROBERTA MARIA, *Traffico e tratta di esseri umani. Alcune riflessioni sulle norme, la multidimensionalità della prassi e le narrazioni prevalenti, a partire dal volume di Stefano Becucci*, in *Questione Giustizia*, 15 giugno 2024, reperibile al seguente *link*.
- PEERS STEVE, *Restoring the Borderless Schengen Area: Mission Impossible? Summary of a new report*, in *EU Law Analysis*, 8th May 2024, reperibile al seguente *link*.
- PIRRELLO AGOSTINA, *Nigeria as a Safe Country of Origin? On the Production and (Mis)Use of Country of Origin Information*, in *Verfassungsblog*, 23th May 2024, reperibile al seguente *link*.
- REDAZIONE, *Primi arrivi fuori flussi dei lavoratori formati all'estero: un test sull'efficacia dell'art. 23 TUI post riforma DL 20/23*, in *Immigrazione.it*, 1° giugno 2024, reperibile al seguente *link*.

Asilo

- BENJELLOUN SARA, *The Influence of Diplomatic and Foreign Policy Considerations in the Making of Migration and Asylum Policy in Morocco*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 2, 2024, pp. 224-240, reperibile al seguente *link*.
- BIRCAN TUBA, CEYLAN DUHA, *Machine Discriminating: Automated Speech*

Recognition Biases in Refugee Interviews, in *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 2024, pp. 1-16, reperibile al seguente [link](#).

- CANTOR DAVID, BURSON BRUCE, AYCOCK BRIAN, ET AL., *International protection, disasters and climate change*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 20, 2024, pp. 1-22, reperibile al seguente [link](#).
- DJUROVIC RADOS, *A Normative View from the Periphery: Serbia and the EU Asylum Acquis*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 2, 2024, pp. 197-223, reperibile al seguente [link](#).
- DUNLOP EMMA, *Access to Courts for Asylum Seekers and Refugees. States Obligations under the 1951 Refugee Convention*, in *Journal of European Integration*, Oxford University Press, 2024, reperibile al seguente [link](#) (**Monografia**).
- EFTHYMIOS DIMITRIOS, *Migration and crime in a divided world: strategies, perceptions, and struggles*, in *Comparative Migration Studies*, n. 1, 2024, pp. 1-18, reperibile al seguente [link](#).
- EL-SAYED, *The Elusive "Collectivised Refugee Protection": The Case of the EU-Egypt Migration Cooperation*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 2, 2024, pp. 241-266, reperibile al seguente [link](#).
- ERMIHAN ERMAN, AÇIKMEŞE AKGÜL SINEM, *Emotions and norms in the Syrian refugee crisis: the comparative responses of the EU and Turkey*, in *Journal of European Integration*, 29th May 2024, pp. 1-23, reperibile al seguente [link](#).
- GARCÍA ANDRADE PAULA, *La reforma de la legislación de la UE sobre asilo: ¿una solución europea basada en la solidaridad?*, in *La Ley Unión Europea*, n. 125, 2024, reperibile al seguente [link](#).
- GLELKA MARIA, *The identity of the European Union in light of immigration and asylum. Institutional analysis*, in *Revue de l'Union Européenne*, 2024, n. 6, pp. 335-344, reperibile al seguente [link](#).
- GUALTIERI MARIA LUDOVICA, *La protezione dello straniero nella tradizione arabo-islamica*, in *ADiM Blog*, 30 giugno 2024, reperibile al seguente [link](#).
- KARSKA ELZBIETA, OREZIAK BARTOLOMIEJ, *European Paradigm of the Protection of Aliens: Categorisation of Foreigners Seeking International Protection in the European Union*, in *International Community Law Review*, 2024, n. 3, pp. 211-226, reperibile al seguente [link](#).
- LE CORRE TIPHAINE, TILLEY JAMES, *To What Extent Does Asylum Policy Match Public Policy Preferences?*, in *International Migration Review*, 2024, pp. 1-15, reperibile al seguente [link](#).
- MARTÍNEZ ELENA MUÑOZ, *El Pacto Europeo Común de Asilo: Avances y*

retrocesos en la protección de las personas necesitadas de protección internacional sobre Migración y Asilo: un asunto constitucional para la Unión Europea, in *La Ley Unión Europea*, n. 125, 2024, reperibile al seguente *link*.

- OVACIK GAMZE, INELI-CIGER MELTEM, ULUSOY ORÇUN, *Taking Stock of the EU-Turkey Statement in 2024*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 2, 2024, pp. 154-178, reperibile al seguente *link*.
- OVACIK GAMZE, SPIJKERBOER THOMAS, *Introduction to the Special Issue Asylum for Containment: The Contradictions of European External Asylum Policy*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 2, 2024, pp. 147-153, reperibile al seguente *link*.
- PIRRELLO AGOSTINA, *The European Union Agency for Asylum: Legal remedies and national articulations in composite procedures*, in *European Law Journal*, 2024, pp. 1-16, reperibile al seguente *link*.
- PORRAS RAMÍREZ JOSÉ MARÍA, *El nuevo Reglamento de la UE sobre las situaciones de crisis y fuerza mayor en la migración y el asilo: o como supeditar la solidaridad a la seguridad*, in *La Ley Unión Europea*, n. 125, 2024, reperibile al seguente *link*.
- SHA'ATH HIBA, RAACH FATMA, *Cooperation within Reason: Tunisia's Approach to Asylum and Readmission*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 2, 2024, pp. 179-196, reperibile al seguente *link*.

Risorse online

- APATZIDOU VASILIKI, *The Complex Landscape of Asylum Border Procedures in the new Asylum Procedures Regulation*, in *European Law Blog*, 25th June 2024, reperibile al seguente *link*.
- BELAÏD ISMA, *Il caso del Belgio: la non esecuzione delle sentenze in materia di asilo da parte dello Stato*, in *Questione Giustizia*, 28 giugno 2024, reperibile al seguente *link*.
- CASSOLA GIAMPIERO, *La “valutazione caso per caso” nel trattenimento dei richiedenti protezione internazionale: attività vincolata o discrezionale?*, in *ADiM Blog*, 30 aprile 2024, reperibile al seguente *link*.
- CHETAL VINCENT, FEROLLA VALLANDRO DO VALLE MARIANA, *The Asylum Procedure Regulation and the Erosion of Refugee's Rights*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 23th May 2024, reperibile al seguente *link*.
- DE CAPITANI CHIARA, *Hope is like the sun: Court of Justice ruling extends right to family reunification to refugee minors*, in *EU Law Analysis*, 8th May 2024, reperibile al seguente *link*.

- FUJIBAYASHI HIROTAKE, *How universal are refugee rights? Insights from new data analysis*, in *MPC Blog*, 23th May 2024, reperibile al seguente [link](#).
- INELI-CIGER MELTEM, *Legal landmine: the risky proposition of extending the application of the EU Temporary Protection Directive beyond March 2025*, in *EU Law Analysis*, 31th May 2024, reperibile al seguente [link](#).
- INELI-CIGER MELTEM, *Navigating the Labyrinth of Derogations: A Critical Look at the Crisis Regulation*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 10th June 2024, reperibile al seguente [link](#).
- LAGRAND ERTUNA TÜRKAN, NICOLOSI SALVO, *A Further Step to Gender-Sensitive EU Asylum Law: The Case of “Westernised Women”*, in *EU Law Analysis*, 13th June 2024, reperibile al seguente [link](#).
- MAIANI FRANCESCO, *Responsibility-determination under the new Asylum and Migration Management Regulation: plus ça change...*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 18th June 2024, reperibile al seguente [link](#).
- PANNIA PAOLA, *L'identificazione con il valore della parità tra donne e uomini come motivo di persecuzione: la Corte di Giustizia e le trappole della dimensione assiologica*, in *ADiM Blog*, 30 giugno 2024, reperibile al seguente [link](#).
- PEERS STEVE, *Recent asylum case law of the CJEU: Distinction, Integration or Extension from ‘Mainstream’ EU law*, in *EU Law Analysis*, 18th June 2024, reperibile al seguente [link](#).
- PEERS STEVE, *The new EU asylum laws, part 8: the ‘crisis’ Regulation – and conclusions*, in *EU Law Analysis*, 28th April 2024, reperibile al seguente [link](#).
- SIMEON JAMES C., *Causality and the Laws of War, Terrorism and Asylum*, in *Cambridge International Law Journal – Blog*, 10th June 2024, reperibile al seguente [link](#).
- STEVANATO ALICE, *Il paradosso della contemporaneità. La protezione giuridica del migrante ambientale nei più recenti sviluppi normativi*, in *ADiM Blog*, 30 aprile 2024, reperibile al seguente [link](#).
- RODENHAUSER TILMAN, MENON PADMAJA, *Does international law prohibit “constructive refoulement”*, in *EJIL:Talk!*, 20th June 2024, reperibile al seguente [link](#).
- VAITOVICH VIKTORIYA, *Op-ed: The EU is stretching the limits of the Temporary Protection Directive beyond 2025, but is it enough?*, in *ECRE Weekly Bulletin*, 14th June 2024, reperibile al seguente [link](#).
- VEDSTED-HANSEN JENS, *Harmonisation of types of asylum procedures: new Regulation, old dilemmas*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 17th May 2024, reperibile al seguente [link](#).



FORUM “IMMIGRAZIONE, FRONTIERE E ASILO” (IFA)
RASSEGNA DI ATTI, DOCUMENTI e DOTTRINA

Bollettino bimestrale n. 4 – luglio, agosto 2024

A cura di Valeria Amenta, Giulia Dal Ben, Michele Migliori e Agnese Palazzi

Coordinamento scientifico: Marco Borraccetti e Caterina Fratea

In questo numero:

Atti di diritto dell’Unione europea	415
Immigrazione	415
Frontiere	419
Asilo	421
Dottrina	424
Immigrazione	424
Frontiere	428
Asilo	429

Atti di diritto dell’Unione europea

Immigrazione

- Consiglio europeo, *Conclusioni del Consiglio europeo del 27 giugno 2024*, reperibili al seguente *link*. Attraverso il suo approccio basato sui partenariati globali, l’Unione europea continuerà a cooperare con i paesi d’origine e di transito in modo reciprocamente vantaggioso. L’obiettivo è quello di lavorare sulle sfide a lungo termine, come la migrazione irregolare, le sue cause profonde e i rimpatri. In particolare, vengono messe in luce la lotta alle reti di trafficanti e lo smantellamento del mo-

dello di attività di coloro che traggono vantaggio da questo traffico. Verranno presi in considerazione nuovi modi per prevenire e contrastare la migrazione irregolare, nella ricerca di soluzioni comuni.

- Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *Search and rescue operations and fundamental rights – June 2024 Update*, 1st July 2024, reperibile al seguente *link* [available only in English]. L'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali raccoglie regolarmente dati sulle operazioni delle navi delle ONG impegnate nella ricerca e nel salvataggio nel Mediterraneo. Ciò include eventuali procedimenti giudiziari a loro carico, nonché eventuali difficoltà nello sbarco dei migranti in porti sicuri. Il presente documento fornisce una panoramica delle indagini penali e degli altri procedimenti giudiziari avviati dagli Stati membri dell'UE nei confronti delle organizzazioni della società civile che impiegano navi e aerei di ricerca e soccorso nel Mediterraneo e/o dei singoli membri dell'equipaggio. L'ultimo aggiornamento riguarda il periodo dal 2018 fino alla fine di maggio 2024.
- Consiglio dell'Unione europea, *Decisione di esecuzione (UE) 2024/1836 del Consiglio del 25 giugno 2024 che proroga la protezione temporanea introdotta dalla decisione di esecuzione (UE) 2022/382*, 3 luglio 2024. Dato il protrarsi della guerra contro l'Ucraina, il Consiglio dell'Unione europea decide di prorogare la durata della protezione temporanea introdotta dalla decisione di esecuzione (UE) 2022/382 al fine di affrontare la situazione delle persone che ne beneficiano attualmente o che ne avranno bisogno a partire dal 5 marzo 2025, data di scadenza precedente. La protezione viene quindi prorogata fino al 4 marzo 2026 a favore delle categorie di sfollati di cui alla decisione di esecuzione (UE) 2022/382.
- Commissione europea, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Ventesima relazione sull'attuazione del regolamento (CE) n. 866/2004 del 29 aprile 2004, e sulla situazione derivante della sua applicazione nel periodo compreso tra il 1° gennaio e il 31 dicembre 2023*, 4 luglio 2024, COM(2024) 265 final. Il regolamento stabilisce le condizioni di applicazione del diritto dell'UE alla circolazione di persone, merci e servizi attraverso la linea che separa le zone della Repubblica di Cipro su cui il relativo governo non esercita un controllo effettivo da quelle su cui lo esercita. La relazione fornisce informazioni sui progressi compiuti in materia di controllo della immigrazione irregolare ed evidenzia come risulti particolarmente difficile tenere sotto controllo quattro «punti di attraversamento non autorizzati» all'interno o nelle vicinanze del villaggio di Pergamos.
- *Elenco delle autorità competenti autorizzate a consultare direttamente i*

dati contenuti nel sistema d'informazione Schengen ai sensi dell'articolo 41, paragrafo 8, del regolamento (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore delle verifiche di frontiera e dell'articolo 56, paragrafo 7, del regolamento (UE) 2018/1862 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale, 5 luglio 2024, reperibile al seguente *link*. A norma del regolamento (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS), gli Stati membri trasmettono a eu-LISA un elenco delle proprie autorità competenti autorizzate a consultare direttamente i dati nel SIS, nonché i dati che tali autorità possono consultare e a quali scopi. Il presente elenco consolidato si basa sulle informazioni comunicate dagli Stati membri fino al 30 aprile 2024.

- Commissione europea, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sullo stato di avanzamento dei preparativi per la piena attuazione dei regolamenti sull'interoperabilità a norma dell'articolo 78, paragrafo 5, del regolamento (UE) 2019/817 e dell'articolo 74, paragrafo 5, del regolamento (UE) 2019/818*, 11 luglio 2024, COM(2024) 293 final. I regolamenti che istituiscono il quadro per l'interoperabilità, entrati in vigore in data 11 giugno 2019, incaricano la Commissione di monitorare e valutare lo stato di attuazione degli stessi, in cooperazione con l'Agenzia dell'Unione europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (eu-LISA). Conformemente a tali obblighi, la Commissione presenta al Parlamento europeo e al Consiglio relazioni annuali sullo stato di avanzamento dei preparativi per la piena attuazione dei regolamenti. La presente relazione è la quarta e riguarda il periodo compreso tra ottobre 2022 e novembre 2023.
- *Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale)*, 12 luglio 2024. Il regolamento stabilisce un quadro giuridico uniforme per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale (sistemi di IA) nell'Unione e ne disciplina l'utilizzo negli ambiti di asilo, migrazione e gestione delle frontiere.

- Commissione europea, *Proposta di regolamento del Consiglio sul rafforzamento della sicurezza delle carte d'identità dei cittadini dell'Unione e dei titoli di soggiorno rilasciati ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari che esercitano il diritto di libera circolazione*, 23 luglio 2024, COM(2024) 316 final. La proposta mira ad avviare la procedura per l'adozione di un nuovo regolamento sul rafforzamento della sicurezza delle carte d'identità dei cittadini dell'Unione e dei titoli di soggiorno rilasciati ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari che esercitano il diritto di libera circolazione, fondato sulla base giuridica appropriata, ossia l'articolo 77, paragrafo 3, TFUE. Infatti, nella causa *Landeshauptstadt Wiesbaden* la Corte di giustizia ha dichiarato che il regolamento (UE) 2019/1157 relativo al rafforzamento della sicurezza delle carte d'identità dei cittadini dell'Unione e dei titoli di soggiorno rilasciati ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari che esercitano il diritto di libera circolazione è invalido in quanto è stato adottato erroneamente sulla base dell'articolo 21, paragrafo 2, TFUE e in applicazione della procedura legislativa ordinaria. Secondo la Corte, il regolamento (UE) 2019/1157 rientra nel campo di applicazione articolo 77, paragrafo 3, TFUE, che prevede una procedura legislativa speciale e, in particolare, l'unanimità in seno al Consiglio.
- Commissione europea, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione del regolamento (CE) n. 862/2007 relativo alle statistiche comunitarie in materia di migrazione e di protezione internazionale*, 30 luglio 2024, COM(2024) 327 final. Si tratta della quinta relazione sull'attuazione del regolamento (CE) n. 862/2007, ai sensi del suo articolo 12. Essa fornisce informazioni sui progressi compiuti nell'attuazione del regolamento dal 2021 e illustra le prossime misure da adottare per migliorare ulteriormente la qualità di tali statistiche. Dal documento emerge inoltre come l'attuale quadro per le statistiche demografiche presenti quattro lacune significative, quali l'eterogeneità nella definizione di popolazione, una insufficiente tempestività e frequenza delle statistiche, la mancanza di dettagli sui gruppi e tematiche pertinenti e una mancanza di flessibilità per adattarsi alle mutevoli esigenze o alle nuove fonti di dati. La Commissione propone pertanto un nuovo regolamento quadro unico, che consoliderebbe il panorama giuridico esistente. La Commissione ricorda come siano in corso il completamento dell'attuazione della revisione del 2020 e la valutazione dei risultati in cooperazione con gli Stati membri, in vista di eventuali nuove statistiche obbligatorie a norma degli articoli da 4 a 7. Inoltre, sta proseguendo la procedura legislativa ordinaria sul nuovo

quadro giuridico che comprende e amplia le statistiche riguardanti i flussi migratori, gli stock di migranti e l’acquisizione della cittadinanza a norma dell’articolo 3.

- Agenzia dell’Unione europea per i diritti fondamentali, *Six steps to better protect migrants from labour exploitation*, 1st August 2024, reperibile al seguente *link* [available only in English]. L’Agenzia dell’UE per i diritti fondamentali pubblica alcune linee guida rivolte alle autorità coinvolte nelle ispezioni sul lavoro al fine di contrastare lo sfruttamento lavorativo ed eventuali abusi a cui i lavoratori migranti sono sottoposti. L’Agenzia anticipa che la presente pubblicazione sarà seguita da altri documenti pratici che saranno pubblicati in autunno.
- *Regolamento delegato (UE) 2024/2059 della Commissione del 31 maggio 2024 che modifica il regolamento (UE) 2018/1806 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda la proroga della sospensione temporanea dell’esenzione dall’obbligo del visto per i cittadini di Vanuatu*, 2 agosto 2024. Il regolamento mira a prorogare di ulteriori sei mesi la sospensione temporanea dell’esenzione dall’obbligo del visto per i cittadini di Vanuatu. Infatti, conformemente alla normativa applicabile, la Commissione ha concluso che la concessione della cittadinanza da parte della Repubblica di Vanuatu nell’ambito dei programmi di cittadinanza per investitori costituisce un rischio accresciuto per la sicurezza interna e l’ordine pubblico degli Stati membri, data la possibilità di accesso all’Unione in esenzione dall’obbligo del visto per i cittadini di Vanuatu. Per il persistere di queste ragioni, la sospensione dell’esenzione dell’obbligo del visto è prorogata dal 4 agosto 2024 al 3 febbraio 2025.

Frontiere

- Consiglio dell’Unione europea, documento interistituzionale, *Decisione del Consiglio riguardante la conclusione dell’accordo tra l’Unione europea e la Repubblica di Serbia relativo alle attività operative svolte dall’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera nella Repubblica di Serbia*, 2 luglio 2024, reperibile al seguente *link*. La decisione contiene l’approvazione dell’accordo tra Unione europea e la Repubblica di Serbia sulle attività operative condotte dalla Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera sul territorio della Repubblica di Serbia.
- 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), 3 luglio 2024, reperibile al seguente *link*. L'elenco contiene gli aggiornamenti rispetto ai valichi di frontiera di cui all'articolo 2, paragrafo 8, 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). L'elenco si basa sulle informazioni comunicate dagli Stati membri alla Commissione in conformità all'articolo 39 del codice frontiere Schengen.

- Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, *Fundamental rights: 2023 Annual Report*, 10th July 2024, reperibile al seguente *link* [available only in English]. Il funzionario per i diritti fondamentali dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex) ha pubblicato la sua relazione annuale relativa all'anno 2023 che illustra le principali osservazioni e raccomandazioni rivolte a Frontex, al suo direttore esecutivo e al consiglio di amministrazione in materia di tutela dei diritti fondamentali. Le raccomandazioni derivano da un ampio monitoraggio sul campo, dalle denunce e dalle segnalazioni di incidenti gravi, oltre che da ricerche documentali. La relazione presenta i principali risultati sull'osservanza dei diritti fondamentali, strutturati per aree tematiche (con particolare attenzione alla sorveglianza aerea e alle operazioni di rimpatrio, tra le altre). I meccanismi di segnalazione e responsabilità si fondano su un'analisi statistica del numero, dei tipi di incidenti gravi e di reclami ricevuti. Infine, il rapporto dà atto delle azioni e delle priorità previste per il 2024.
- 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 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen)*, 11 luglio 2024, reperibile al seguente *link*. L'elenco contiene l'aggiornamento 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). L'elenco si basa sulle informazioni comunicate dagli Stati membri alla Commissione in conformità dell'articolo 39 del codice frontiere Schengen.
- Commissione europea, *Statement at the European Parliament Plenary by President Ursula von der Leyen, candidate for a second mandate 2024-2029*, 18th July 2024, reperibile al seguente *link* [available only in En-

glish]. La presidente si concentra sul patto sulla migrazione e asilo, che segna una storica convergenza di volontà che deve essere replicata anche sul tema di un approccio comune sui rimpatri. Viene inoltre annunciata la nomina di un commissario europeo che si occuperà della regione del Mediterraneo e un grande investimento su Frontex, che vedrà triplicare il numero degli operatori europei di guardia costiera.

- Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, *Annual Risk Analysis for 2024/2025*, 18th July 2024, reperibile al seguente *link* [available only in English]. L’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex) ha pubblicato il rapporto annuale contenente l’analisi dei rischi riguardanti le frontiere per l’anno 2024/2025. Tra i rischi analizzati, sono individuati la migrazione irregolare, la presenza di individui ad alto rischio e il crimine transfrontaliero.
- Agenzia dell’Unione europea per i diritti fondamentali, *Guidance on investigating alleged ill-treatment at borders*, 30th July 2024, reperibile al seguente *link* [available only in English]. L’Agenzia dell’UE per i diritti fondamentali pubblica un report contenente casi di presunte violazioni dei diritti di migranti e rifugiati tra il 2020 e il 2023. Il documento definisce dieci passi per promuovere indagini nazionali rapide ed efficaci sugli episodi di maltrattamento alle frontiere. Lo scopo è quello di favorire il contrasto delle violazioni dei diritti fondamentali alle frontiere terrestri e marittime e di rendere maggiormente efficaci le indagini.
- Commissione europea, *2023 Annual report on monitoring the application of EU law*, 25th July 2024, reperibile al seguente *link* [available only in English]. La Commissione ha rafforzato l’attuazione della politica dell’Unione europea in materia di sicurezza ed ha avviato procedimenti di infrazione per migliorare la conformità degli Stati membri alle norme dell’UE in materia di migrazione e asilo.

Asilo

- Commissione europea, *Proposta di decisione di esecuzione del Consiglio che modifica la decisione di esecuzione (UE) (ST 10152/2021; ST10152/2021 ADD1), del 13 luglio 2021, relativa all’approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza (PRR) della Grecia*, 2 luglio 2024, COM (2024) 283 final. Il documento propone di approvare la valutazione del piano di ripresa e resilienza della Grecia con alcune modifiche rispetto alle versioni precedenti. Nell’allegato alla decisione, figurano le riforme e i progetti di investimento previsti, tra cui quelli

destinati alla trasformazione digitale del sistema di immigrazione e asilo greco.

- Agenzia dell’Unione europea per l’Asilo, *Data analysis of asylum applications by sex and age in 2023. Fact sheet n. 28*, 16th July 2024, reperibile al seguente *link* [available only in English]. L’Agenzia dell’Unione europea per l’asilo (EUAA) raccoglie informazioni su tutti gli aspetti del sistema europeo comune di asilo. A tal fine, il fact sheet integra le informazioni sulle domande di asilo presentate nel 2023 e riportate nell’Asylum Report 2024 pubblicato dalla stessa a giugno 2024.
- Commissione europea, *Relazione sullo stato di diritto 2024. Comunicazione e capitoli dedicati ai singoli Paesi*, 24 luglio 2024, reperibile al seguente *link*. La Commissione europea ha pubblicato la relazione sullo stato di diritto 2024 nell’Unione europea e nei singoli Stati membri. I capitoli relativi a Belgio, Grecia, Italia, Austria, Portogallo prendono in esame alcuni aspetti dello stato di diritto in relazione ai rispettivi sistemi di asilo.
- *Decisione (UE) 2024/2087 della Commissione del 31 luglio 2024 che conferma la partecipazione dell’Irlanda alla direttiva (UE) 2024/1346 del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale*. Onde consentire all’Irlanda di avviare al più presto il processo di recepimento della direttiva (UE) 2024/1346, per garantirne l’applicazione entro il termine fissato al suo articolo 35, paragrafo 1, la decisione entrerà in vigore il giorno successivo alla pubblicazione.
- *Decisione (UE) 2024/2088 della Commissione del 31 luglio 2024 che conferma la partecipazione dell’Irlanda al regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell’asilo e della migrazione, che modifica i regolamenti (UE) 2021/1147 e (UE) 2021/1060*. Con lettera del 27 giugno 2024, l’Irlanda ha notificato l’intenzione di accettare il regolamento (UE) 2024/1351 e di essere vincolata dallo stesso. La decisione in oggetto entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione regolamento (UE) 2024/1351 è stato adottato dall’Irlanda il 14 maggio 2024 ed è entrato in vigore l’11 giugno 2024. Le disposizioni del regolamento saranno applicabili dal 1° luglio 2026, eccezion fatta per alcune di esse che sono già efficaci a decorrere dall’11 giugno 2024.
- *Decisione (UE) 2024/2089 della Commissione del 31 luglio 2024 che conferma la partecipazione dell’Irlanda al regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura co-*

mune di protezione internazionale nell’Unione. Il regolamento è entrato in vigore l’11 giugno 2024 e le sue disposizioni sono applicabili dal 12 giugno 2026. Onde garantire che la partecipazione dell’Irlanda possa essere presa in considerazione ai fini delle misure di esecuzione che stabiliscono le modalità d’applicazione del regolamento (UE) 2024/1348, la presente decisione entra in vigore il giorno successivo alla pubblicazione.

- *Decisione (UE) 2024/2092 della Commissione del 31 luglio 2024 che conferma la partecipazione dell’Irlanda al regolamento (UE) 2024/1359 del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell’asilo.* Con lettera del 27 giugno 2024, l’Irlanda ha notificato l’intenzione di accettare il regolamento (UE) 2024/1359 e di essere vincolata dallo stesso. La decisione in oggetto entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione.
- *Decisione (UE) 2024/2093 della Commissione del 31 luglio 2024 che conferma la partecipazione dell’Irlanda al regolamento (UE) 2024/1350 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro dell’Unione per il reinsediamento e l’ammissione umanitaria.* Con lettera del 27 giugno 2024, l’Irlanda ha notificato l’intenzione di accettare il regolamento (UE) 2024/1350 e di essere vincolata dallo stesso. La decisione in oggetto entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione.
- *Decisione (UE) 2024/2099 della Commissione del 31 luglio 2024, che conferma la partecipazione dell’Irlanda al regolamento (UE) 2024/1347 del Parlamento europeo 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.* Con lettera del 27 giugno 2024, l’Irlanda ha notificato l’intenzione di accettare il regolamento (UE) 2024/1347 e di essere vincolata dallo stesso. La decisione in oggetto entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione.
- *Decisione (UE) 2024/2100 della Commissione del 31 luglio 2024 che conferma la partecipazione dell’Irlanda al regolamento (UE) 2024/1358 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l’“Eurodac” per il confronto dei dati biometrici.* Con lettera del 20 giugno 2024, l’Irlanda ha notificato l’intenzione di accettare il regolamento (UE) 2024/1358 e di essere vincolata dallo stesso. La decisione in oggetto entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione.

- Agenzia dell'Unione europea per l'Asilo, *Victims of human trafficking in asylum and reception. Situational Update n. 21*, 19th August 2024, reperibile al seguente *link* [available only in English]. Il documento contiene aggiornamenti relativi all'evoluzione delle politiche dell'Unione europea e degli Stati membri rispetto ai richiedenti asilo vittime di tratta di esseri umani. Il documento presenta alcune analisi di tendenze specifiche rispetto al fenomeno. Raccoglie, inoltre, alcune decisioni adottate dalle autorità nazionali competenti che affrontano il tema della tratta di esseri umani nel contesto della domanda di asilo.

Dottrina

Immigrazione

- ABRANCHES MARIA, JABER NIHAYA, *Time and displacement: changed temporal experiences of refugee families after reunion*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-24, reperibile al seguente *link*.
- ANDERSEN MAGNUS, SPANGER MARLENE, *Gig work in transnational spaces: infrastructures of migration and the simultaneous lives of migrants in the gig economy*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-17, reperibile al seguente *link*.
- ATTOH KAFUI, WELLS KATIE J., CULLEN DECLAN, *The work of waiting: migrant labour in the fulfillment city*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-16, reperibile al seguente *link*.
- BERMINGHAM NICOLA, SILVA-DOMÍNGUEZ CARME, *Transgenerational Return Migration to Galicia, Spain: Discourses of Identity and Belonging*, in *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 2024, pp. 1-15, reperibile al seguente *link*.
- BOGDAN LUDMILA, *The Exodus of Moldova: Understanding the Migration Dilemma*, 2024, pp. 1-11, in *International Migration Review*, reperibile al seguente *link*.
- CALVERT DANIEL, *Supporting migrant inclusion: the role of linguistic diversity in community-led organisations*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-18, reperibile al seguente *link*.
- CAMONI DANIELE, PANNIA PAOLA, *Tutelare i diritti oltre i confini: il ruolo dei giudici di fronte alle politiche statali di controllo dell'immigrazione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2024, pp. 1-34, reperibile al seguente *link*.

- ELLEN TICAR JESSICA, *Immigration, mental health and well-being, and new-comer Filipino families: implications for anti-racist and anti-oppressive policies and practice*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-15, reperibile al seguente [link](#).
- FERRARA ALESSANDRO, SALIKUTLUK ZERRIN, *Ambitious, misaligned, or uncertain? The occupational and educational aspirations of immigrant-origin youth in Germany*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-24, reperibile al seguente [link](#).
- FLEISCHMANN FENELLA, ŞİMŞEK MÜGE, SCHNEIDER VERENA, PICKEL GERT, *How and why does religion matter for the integration of Muslim minorities? Differentiating religiosity from religious orientations among Turkish Muslims in Germany*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-23, reperibile al seguente [link](#).
- HERRERA MARIO, MORALES MAURICIO, *Crossing borders, casting votes: examining migrant electoral turnout in Chile (2012-2020)*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-21, reperibile al seguente [link](#).
- KINGSTON LINDSEY N., EKAKITIE IGHO, *Fleeing Ukraine: The Forced Migration Journeys of Black African Students*, in *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 2024, pp. 1-13, reperibile al seguente [link](#).
- KIRISCIOGLU EDA, ÜSTÜBICI AYŞEN, ELÇİ EZGI, *Migration aspirations in relation to border closures, employment opportunities and risk-taking attitudes: lessons from an online survey experiment*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-22, reperibile al seguente [link](#).
- LEHNER ROMAN, *Labour migration law and employment access for migrants in Germany: general principles and new developments*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2024, pp. 1-12, reperibile al seguente [link](#).
- LIANG XIAOCHEN, *Immigration regulations as frame of reference: trade-off between precarious employment and precarious legal status among US student-migrant-workers*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, pp. 1-21, reperibile al seguente [link](#).
- MORRIS LYDIA, *Citizen rights, Migrants Rights and Civic Stratification*, Routledge, 2025, reperibile al seguente [link](#) (**Monografia**).
- MUCHOW ASHLEY N., *Media coverage and local cooperation in immigration enforcement*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, pp. 1-28, reperibile al seguente [link](#).
- NASCIMBENE BRUNO, *Editoriale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2024, reperibile al seguente [link](#).
- NESTOR DIOP LANCINÉ ERIC, LARSEN CHRISTIAN ALBREKT, *Working together or apart? Exposure between natives and migrants in Danish workplaces*

from 1996 to 2009, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-18, reperibile al seguente [link](#).

- PEERS STEVE, *The new EU asylum laws: taking rights half-seriously*, in *Yearbook of European Law*, 2024, pp. 1-71, reperibile al seguente [link](#).
- PIRINA GIORGIO, DELLA PUPPA FRANCESCO, PEROCCHI FABIO, *The time-space-energy nexus in the gig economy: the work and everyday lives of migrant food delivery ‘walkers’ in Venice*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-17, reperibile al seguente [link](#).
- POELEN IRIS, *A gendered ‘politics of discomfort’: the effects of immigration- and integration policies on Syrian and Eritrean women’s homemaking processes in the Netherlands*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-22, reperibile al seguente [link](#).
- PRIES LUFGER, SCHUTZE STEPHANIE, VILLALEVER XIMENA ALBA, SAVCI ZULFIKAR BERNA SAFAK, *Forced Migration in transit. Migrant experiences of organized violence in Mexico and Turkey*, Routledge, 2024, reperibile al seguente [link](#) (**Monografia**).
- SCHULTZ-NIELSEN MARIE LOUISE, *How Does Overeducation Depend on Immigrants’ Admission Class?*, in *International Migration Review*, 2024, reperibile al seguente [link](#).
- TUOZZO MICHELA, *Procedura e merito della decisione del Conseil Constitutionnel sulla nuova legge in tema di immigrazione*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, n. 2, 2024, pp. 431-433, reperibile al seguente [link](#).
- VAN PRAAG LORE, *Constructing migrant capital in Belgium: migrants’ views on the translation of capital types across fields and time*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-17, reperibile al seguente [link](#).
- ZAMPOUKOS KRISTINA, BUTLER OLIVIA, MITCHELL DON, *Who’s got time for social reproduction? Migrant service workers as embodied infrastructures of the algorhythmic city*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-17, reperibile al seguente [link](#).

Risorse online

- ACHILLI LUIGI, *How criminal groups shape global migration policies*, in *MPC Blog*, 24th July 2024, reperibile al seguente [link](#).
- ÁNGEL-CABO NATALIA, *‘Displacement due to environmental factors is one of the greatest tragedies of our time’: An interview with Natalia Ángel-Cabo, Justice of the Constitutional Court of Colombia*, in *Verfassungsblog*, 14th July 2024, reperibile al seguente [link](#).

- BERNARDINI LORENZO, *L'habeas corpus dei migranti secondo la Consulta, ovvero: il ritratto di un diritto fondamentale sempre più sbiadito?*, in *ADiM Blog*, 30 luglio 2024, reperibile al seguente [link](#).
- CARRERA SERGIO, COLOMBI DAVIDE, *Irregularised migration and the next European Commission. Ensuring enforcement and intersectional monitoring of the rule of law and fundamental rights*, in *CEPS*, 16th July 2024, reperibile al seguente [link](#).
- CASES RIZZA KAYE C., KINDLER MARTA, SZULECKA MONIKA, *Trapped in irregular work: the case of Filipino migrants in Poland*, in *MPC Blog*, 1st July 2024, reperibile al seguente [link](#).
- CRIPPA MARIA, *I procedimenti italiani sui crimini contro i migranti in Libia alla luce del sistema di giustizia penale internazionale*, in *ADiM Blog*, 30 luglio 2024, reperibile al seguente [link](#).
- FORIN ROBERTO, BRUSCHI GIULIA, TESTA GIULIA, *Exploring migrant mobility: From first arrival in EU border countries to mobility across Europe*, in *MPC Blog*, 11th July 2024, reperibile al seguente [link](#).
- GIANNETTO LEILA, GUIDI CATERINA, PROCTER CAITLIN, *Made in Italy: is excellence without exploitation possible?*, in *MPC Blog*, 1st August 2024, reperibile al seguente [link](#).
- HADJ ABDOU LEILA, ET AL., *The labour market integration of displaced Ukrainians: Insights from the EU and Austria*, in *MPC Blog*, 26th July 2024, reperibile al seguente [link](#).
- MIELE RAFFAELE, *La garanzia finanziaria al trattenimento, ora in misura variabile e concedibile anche dai parenti ma non dal coniuge: scelta mediata o errata lettura dell'art. 75 del codice civile?*, in *Immigrazione.it*, 1^o luglio 2024, reperibile al seguente [link](#).
- PAZZI ALBERTO, *Lo stato dell'arte della giurisprudenza di legittimità sui trattenimenti*, in *Questione Giustizia*, 19 luglio 2024, reperibile al seguente [link](#).
- REDAZIONE, *Luglio 2024, novità legislative dagli Stati membri su immigrazione e cittadinanza: Danimarca, Francia, Germania, Lituania, Lussemburgo, Slovacchia, Finlandia*, in *Immigrazione.it*, 15 luglio 2024, reperibile al seguente [link](#).
- ROSSI FILIPPO, *Costanti storico-giuridiche del “governo” delle migrazioni. Riflessioni a margine del convegno ADiM 2024*, in *ADiM Blog*, 30 luglio 2024, reperibile al seguente [link](#).
- TOMASELLI MARIA LETIZIA, *Le novità del DPCM 98/2024 sul colloquio con il minore straniero non accompagnato all'ingresso nelle strutture di prima accoglienza*, in *Immigrazione.it*, 1^o agosto 2024, reperibile al seguente [link](#).
- VEGLIO MAURIZIO, *Il trattenimento negli hotspot*, in *Questione Giustizia*, 18 luglio 2024, reperibile al seguente [link](#).

Frontiere

- COLOMBO ERIKA, *Il ruolo delle ONG nelle operazioni di ricerca e soccorso nel Mediterraneo: la necessità di un coordinamento europeo*, in *Quaderni AISDUE, Fascicolo Speciale, Convegno Forum IFA del 13 ottobre 2024*, reperibile al seguente *link*.
- CORNELISSE GALINA, *EU Boots on the Ground and Effective Judicial Protection against Frontex’s Operational Powers in Return: Lessons from Case T-600/21*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 3, 2024, pp. 356-380, reperibile al seguente *link*.
- GIGLI MICHELA, *The potential of budgetary discharge for political accountability: Which lessons from the case of Frontex?*, in *European Law Journal*, 2024, pp. 1-15, reperibile al seguente *link*.
- GUSTAFSSON ÅSA, *The ‘Border Security’ Concept in EU Law*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 3, 2024, pp. 341-355, reperibile al seguente *link*.
- NICOLOSI SALVATORE FABIO, *The European Border and Coast Guard Agency (Frontex) and the limits to effective judicial protection in European Union law*, in *European Law Journal*, 2024, pp. 1-17, reperibile al seguente *link*.
- PIZZOLANTE GIUSEPPINA, *Alcune riflessioni in tema di violenza domestica correlata alla libera circolazione e al diritto di soggiorno dei coniugi o dei partner extra UE*, in *Freedom, Security & Justice*, n. 2, 2024, pp. 322-248, reperibile al seguente *link*.
- RAFAIANI PIERGIORGIO, *Tempi del trattenimento e “prassi applicative distorte”: la Corte costituzionale “sfiora” la disciplina della detenzione amministrativa dei migranti. Nota a Corte cost., sentenza n. 212 del 2023*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 3, 2024, pp. 1-13, reperibile al seguente *link*.
- RONDINE FRANCESCA, *L’istituzionalizzazione di un regime frontaliero “dell’ammissione” dei cittadini di Paesi terzi nello spazio giuridico europeo: tra norma e eccezione*, in *Freedom, Security & Justice*, n. 2, 2024, pp. 1-30, reperibile al seguente *link*.
- RONDINE FRANCESCA, *The Fiction of Non-entry in European Migration Law: Its Implications on the Rights of Asylum Seekers and Irregular Migrants at European Borders*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 3, 2024, pp. 291-316, reperibile al seguente *link*.

Risorse online

- ADRIAANS ANN-KATRIN, *Restitution for Pushback Victims*, in *Verfassungsblog*, 25th July 2024, reperibile al seguente *link*.

- D’ANTONIO SIMONA, *Automatismi espulsivi e discrezionalità amministrativa*, in *ADiM Blog*, 30 luglio 2024, reperibile al seguente [link](#).
- FERRI MARCELLA, *The exercise of the discretionary clause in the Dublin system and its justiciability after the AHY judgement: it is only a matter of national law... but what a price!*, in *Blog DUE*, 7 luglio 2024, reperibile al seguente [link](#).
- JAKULEVICIENE LYRA, *EU Screening Regulation: closing gaps in border control while opening new protection challenges?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 28th June 2024, reperibile al seguente [link](#). NICOLOSI SALVO, *‘One, No One Hundred Thousand’. Extraterritorial Human Rights Obligations and Regime Interaction in Migration Contexts*, in *Verfassungsblog*, 29th July 2024, reperibile al seguente [link](#).
- PIRRELLO AGOSTINA, *Paesi di origine: sicuri che siano sicuri?*, in *ADiM Blog*, 30 luglio 2024, reperibile al seguente [link](#).
- RONDINE FRANCESCA, *Quante pareti ha una prigione? Il trattenimento nelle zone di transito (ungheresi) nuovamente al vaglio della Corte EDU*, in *ADiM Blog*, 30 luglio 2024, reperibile al seguente [link](#).
- THYM DANIEL, *Safe Third Countries: the Next “Battlefield”*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 5th July 2024, reperibile al seguente [link](#).
- WISSING RUBEN, DESMET ELLEN, *Beyond Borders – Extraterritorial Human Rights Obligations Towards Migrants*, in *Verfassungsblog*, 29th July 2024, reperibile al seguente [link](#).

Asilo

- ANGENET-MARI VICTORIA, KASTHURI VIKNESH S., MONTOYA HANNAH, TOLL ELIZABETH, *Descriptive Analysis of Community Based Needs among Asylum Seekers in the Greater Rhode Island Area before and after COVID-19: Evidence from a Student-Run Asylum Clinic*, in *Journal of Human Rights Practice*, n. 16, 2024, p. 675-681, reperibile al seguente [link](#).
- ANGLANI MARIA RITA, *Il caso W.A. e altri c. Italia: la ricognizione della Corte EDU in ordine al principio del non-refoulement ed alla correlativa ripartizione dell’onere probatorio*, in *DPCE Online*, n. 2, 2024, pp. 1555-1561, reperibile al seguente [link](#).
- ANNONI ALESSANDRA, *Protezione complementare e tutela del diritto alla vita privata e familiare e dopo il decreto-legge n. 20/2023*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n. 2, 2024, p. 463-490, reperibile al seguente [link](#).
- BALSAMO ORIANA, *The residence document criterion in the revised Dublin system, today, between EU secondary law and the jurisprudence of the Court of Justice*, in *Eurojus*, n. 3, 2024, pp. 81-115, reperibile al seguente [link](#).

- BARAK-BIANCO ANDA, RAJMAN REBECA, *The impact of liminal legal status on labor market experiences: a comparative study of Sudanese asylum seekers and refugees in Israel*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-22, reperibile al seguente [link](#).
- BELARDO ELISABETTA, *Protezione internazionale e tutela delle donne: profili evolutivi della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia alla luce della Convenzione di Istanbul*, in *Ordine internazionale e Diritti Umani*, n. 3, 2024, p. 536-543, reperibile al seguente [link](#).
- CUDIA CHIARA, *Sindacabilità e disapplicazione del decreto ministeriale di individuazione dei “Paesi di origine sicuri” nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale: osservazioni su una attività del giudice ordinario costituzionalmente necessaria*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2024, p. 1-25, reperibile al seguente [link](#).
- DUTT TIWARI ANUBHAV, JOHAR ALI, FIELD JESSICA, *The illegalisation of Rohingya refugees in India: a (non) citizenship crisis promoted by law and policy*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-19, reperibile al seguente [link](#).
- GU KATHLEEN, KIM DYLAN K., KLEIDERMACHER LAUREN E., BERHE ANNE D., SANJURJO ALEXANDER D., LEONE RYAN M., DREUX SIMONE R., LIN ALLISON P., YUAN MINA, YANG EUNICE, VISWANATHAN ASHWIN, LORENCE ISABELLA M., WANG MELISSA, MOLYNEUX KEVIN, SAHA PRANTIK, DEVLIN MICHAEL J., *Operations of a Student-Run Asylum Clinic: Framework, Challenges, and Recommendations*, in *Journal of Human Rights Practice*, 2024, pp. 1-14, reperibile al seguente [link](#).
- JANMYR MAYA, *‘Disturbing the Work of the Office’: The Limits of Refugee Collective Action on ‘UNHCR Territory’ in Beirut*, in *Journal of Human Rights Practice*, 2024, p. 1-18, reperibile al seguente [link](#).
- MITSILEGAS VALSAMIS, *Human Reforming the “Facilitators Package” through the Kinsa litigation: Legality, Effectiveness and taking International Law into account*, in *Eurojus.it Rivista*, 2024, p. 155-160, reperibile al seguente [link](#).
- MONASTYROVA YELYZAVETA, *Human Trafficking and International Armed Conflict: Applying the Trafficking Lens to Sexual Violence, Forced Labour and Deportation in the Russian-Occupied Territories of Ukraine*, in *Review of European Administrative Law*, n. 2, 2024, pp. 211-244, reperibile al seguente [link](#).
- MORENO-LAX VIOLETA, *Crisis as (Asylum) Governance: the evolving normalisation of non-access to protection in the EU*, in *European Papers*, n. 1, 2024, p. 179-208, reperibile al seguente [link](#).
- NASUTAVIČIENE JUSTINA, *Navigating Asylum Seekers’ Mobility Restrictions in Emergency Situations – Insights from the Supreme Administrative*

Court of Lithuania, in *Review of European Administrative Law*, n. 2, 2024, pp. 69-98, reperibile al seguente *link*.

- ORTLIEB RENATE, BAUMGARTNER PAUL, PALINKAS MEIKE, EGGENHOFER-REHART PETRA, RESSI ELENA, *Employment outcomes of refugee women and men: multiple gender gaps and the importance of high-skill jobs*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-22, reperibile al seguente *link*.
- SIMON MIRANDA, BRAITHWAITE ALEX, FRITH MICHAEL, GHOSN FATEN, *How governance under the ‘grand compromise’ affects refugee preferences for relocation: evidence from Syrian refugees in Lebanon*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, pp. 1-20, reperibile al seguente *link*.
- SPATTI MONICA, *Violenza contro le donne e appartenenza a “un determinato gruppo sociale” nella determinazione dello status di rifugiato. Riflessioni a margine della sentenza WS (C-621/21) della Corte di giustizia*, in *Freedom, Security & Justice*, n. 2, 2024, pp. 375-390, reperibile al seguente *link*.
- STAMME LIVIA, *Nota a margine della sentenza della Corte di Giustizia del 16.01.2024 nella causa C-621/21: la Corte di Giustizia riconosce la violenza sulle donne come forma di persecuzione contro un determinato «gruppo sociale»*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2024, pp. 1-14, reperibile al seguente *link*.
- TAHA DINA, *Double immobility: Syrian refugee women navigating the voluntary and forced marriage binary in Egypt*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-18, reperibile al seguente *link*.
- TOFAN CRISTINA MARIA, HRIȚULEAC AURORA, MĂGURIANU LIVIU-ADRIAN, *Creating a Welcoming Ethos: Reception of Ukrainian Refugee Children and Families in Romania*, in *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 2024, pp. 1-16, reperibile al seguente *link*.
- VAN DER LINDEN META, DAGEVOS JACO, *Policy variation and refugee integration: a natural experiment comparing the effects of local integration programs*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2024, pp. 1-26, reperibile al seguente *link*.

Risorse online

- DELVAL EUGÉNIE, *Humanitarian Visas for International Protection Purposes. The Myth of a Universal Application of Human Rights Law*, in *Verfassungsblog*, 31st July 2024, reperibile al seguente *link*.
- EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *The Comments on the Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a Common Procedure for International Protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU*, in *ECRE Weekly Bulletin*, 28th June 2024, reperibile al seguente *link*.

- FAGGIANI VALENTINA, *L'assimilazione dello "stile di vita occidentale" basato sulla parità di genere come motivo per la concessione della protezione internazionale: una categoria indeterminata e di difficile applicazione*, in *ADiM Blog*, 30 luglio 2024, reperibile al seguente *link*.
- GUERRA VERONICA, *Nuovo rapporto dell'UNHCR: numero di rifugiati più che triplicato in un decennio*, in *Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani*, 3 luglio 2024, reperibile al seguente *link*.
- HERNANDEZ BRIANNA, BIANCO CHRISTINE, GARCIA ZENEL, *Refugees without Recognition: Climate Change and Ecological and Gender Inequality*, in *EJIL:Talk!*, 15th August 2024, reperibile al seguente *link*.
- LANOTTE MIRIANA, *Errare humanum est, perseverare autem diabolicum: la doppia condanna dell'Ungheria in materia di asilo*, in *ADiM Blog*, 30 luglio 2024, reperibile al seguente *link*.
- MASETTI ZANNINI ELENA, *La protezione nazionale post dl 20/2023*, in *Questione Giustizia*, 18 luglio 2024, reperibile al seguente *link*.
- MOROZZO DELLA ROCCA PAOLO, *La protezione nazionale post D.L. 20/2023, con particolare riguardo alla vita privata e alla vita familiare*, in *Questione Giustizia*, 16 luglio 2024, reperibile al seguente *link*.
- PROCTER CAITLIN, ACHILLI LUIGI, ACKER STEPHANIE, *Born into displacement: Palestinian children's struggle for rights on World Refugee Day*, in *MPC Blog*, 20th June 2024, reperibile al seguente *link*.
- RAIMONDO GIULIA, *Beyond Protection*, in *Verfassungsblog*, 5th July 2024, reperibile al seguente *link*.
- RIEMER LENA, *The Abrogation of Asylum*, in *Verfassungsblog*, 25th July 2024, reperibile al seguente *link*.
- RODENHÄUSER TILMAN, MENON PADMAJA, *Does international law prohibit 'constructive refoulement'?*, in *EJIL:Talk!*, 20th June 2024, reperibile al seguente *link*.
- SÜSSEROT AMELIA, *To leave or not to leave? Is it time to reconsider the role of State intent within 'constructive refoulement'?*, in *EJIL:Talk!*, 9th July 2024, reperibile al seguente *link*.



FORUM “LA PROIEZIONE INTERNAZIONALE DELL’UNIONE EUROPEA” (PIUE)
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

Corte di giustizia dell’UE

aprile-giugno 2024

A cura di Cristina Contartese

Coordinamento scientifico: Maria Eugenia Bartoloni e Sara Poli

In questo numero:

Firma di un accordo internazionale e rappresentanza esterna dell’UE (art. 218, par. 5, TFUE)	434
Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 9 aprile 2024, causa C-551/21, <i>Commissione c. Consiglio</i>	434
Misure restrittive nei confronti di persone e entità legate alla Russia e alla Bielorussia	435
Tribunale (Prima Sezione), sentenza del 10 aprile 2024, causa T-301/22, <i>Aven c. Consiglio</i>	435
Tribunale (Prima Sezione), sentenza del 10 aprile 2024, cause T-304/22, <i>Fridman c. Consiglio</i>	435
AG Medina, Conclusioni del 11 aprile 2024, causa C-109/23 [<i>Jemerak</i>], <i>GM, ON c. PR</i>	436
Tribunale (Nona Sezione), sentenza del 29 maggio 2024, causa T-116/22, <i>Belavia – Belarusian Airlines AAT c. Consiglio</i>	437
Accordo UE-Regno Unito, mandato d’arresto e principio della fiducia reciproca	438
AG Szpunar, Conclusioni del 27 giugno 2024, causa C-202/24 [<i>Alchaster</i>], <i>Minister for Justice and Equality c. MA</i>	438

Firma di un accordo internazionale e rappresentanza esterna dell'UE (art. 218, par. 5, TFUE)

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 9 aprile 2024, causa C-551/21, *Commissione c. Consiglio*

Parole chiave: Rappresentanza esterna UE; firma di un accordo internazionale a nome dell'UE; art. 13, par. 2, TUE; art. 16, parr. 1 e 6, TUE; art. 17, par. 1, TUE; art. 218, parr. 2, 3 e 5, TFUE.

La causa C-551/21 riguarda una controversia interistituzionale tra Commissione e Consiglio in merito alla firma, a nome dell'Unione, del protocollo di attuazione dell'accordo di partenariato nell'ambito della pesca tra l'UE e la Repubblica gabonese, ai fini del rinnovo per il periodo 2021-2026. Nello specifico, la Commissione chiede l'annullamento dell'art. 2 della decisione 2021/1117 del Consiglio, del 28 giugno 2021, in base al quale il Portogallo, che esercitava all'epoca la presidenza di turno del Consiglio, ha designato il proprio rappresentante permanente presso l'Unione come persona abilitata a firmare il protocollo a nome dell'UE. Così facendo, secondo la Commissione, il Consiglio avrebbe violato l'art. 17, par. 1, TUE, in combinato disposto con l'art. 13, parr. 1 e 2, TUE. Al centro della controversia si pone la corretta interpretazione dell'art. 218, par. 5, TFUE.

La Corte ricorda, anzitutto, che ai sensi dell'art. 218, par. 5, TFUE, è competenza del Consiglio, su proposta del negoziatore, autorizzare la firma di un accordo internazionale a nome dell'UE. Tale autorizzazione costituisce la definizione delle politiche dell'UE e l'elaborazione dell'azione esterna alla luce di quanto sancisce l'art. 16, par. 1, seconda frase, e par. 6, terzo comma, TUE. Tuttavia, la decisione che autorizza la firma di un accordo internazionale non si estende fino all'atto della firma dello stesso. La firma, infatti, va intesa come l'atto attraverso cui si esprime la manifestazione della volontà dell'Unione, quale definita dal Consiglio, nei confronti del paese terzo con cui tale accordo è stato negoziato. È l'art. 17, par. 1, sesta frase, TUE, a stabilire che la Commissione «assicura la rappresentanza esterna dell'Unione», e a conferire pertanto ad essa il potere di adottare, al di fuori della politica estera e di sicurezza comune (PESC) e a meno che i trattati non prevedano diversamente, qualsiasi azione atta ad assicurare l'apposizione della firma. Richiamando il diritto internazionale consuetudinario, la Corte ricorda che la sua interpretazione dell'art. 17, par. 1, sesta frase, TUE, è in linea con quanto avviene in relazione a ogni persona designata dall'autorità compe-

tente di uno Stato o di un'organizzazione internazionale, in altre parole, per compiere l'atto di firma, il firmatario deve essere considerato, in forza dei pieni poteri, come rappresentante di tale Stato o di tale organizzazione internazionale. La firma, insomma, costituisce un atto di rappresentanza esterna. La Corte chiarisce, inoltre, il diverso scopo del par. 3 rispetto al par. 5 dell'art. 218 TFUE. Mentre il primo attribuisce al Consiglio la competenza ad autorizzare l'avvio dei negoziati e a designare il negoziatore, il par. 5 conferisce al Consiglio il potere di autorizzare la firma e l'applicazione provvisoria dell'accordo internazionale, ma non quello di designare il firmatario. In altre parole, la decisione che autorizza la firma di un accordo internazionale non include l'atto successivo consistente nella firma stessa di tale accordo. Di conseguenza, il par. 5 dell'art. 218 TFUE non costituisce una deroga all'art. 17, par. 1, sesta frase, TUE, e spetta quindi alla Commissione assicurare la firma dell'accordo internazionale, non rientrante in ambito PESC.

Dall'analisi del caso di specie, emerge che il Consiglio, designando il firmatario dell'accordo, abbia proseguito a porre in essere una prassi pre-Lisbona, in base alla quale il Consiglio sceglieva regolarmente come firmatario il rappresentante permanente presso l'Unione dello Stato membro che esercitava la presidenza di turno del Consiglio. A questo proposito, la Corte ricorda che una prassi, sebbene sia costante, non può modificare i Trattati istitutivi, ed è pertanto illegittima se contraria a questi. Infine, la Corte ribadisce che, ai sensi dell'art. 17, par. 1, prima frase, TUE, la Commissione esercita la propria competenza relativa alla firma di accordi internazionali nell'interesse generale dell'Unione, ed è chiamata a rispettare l'obbligo di leale cooperazione enunciato all'art. 13, par. 2, TUE.

Misure restrittive nei confronti di persone e entità legate alla Russia e alla Bielorussia

Tribunale (Prima Sezione), sentenza del 10 aprile 2024, causa T-301/22, *Aven c. Consiglio*

Tribunale (Prima Sezione), sentenza del 10 aprile 2024, cause T-304/22, *Fridman c. Consiglio*

Parole chiave: Misure restrittive; PESC; nozione di "sostegno alle azioni o alle politiche"; nozione di "sostegno materiale o finanziario ai decisori russi"

Nel febbraio 2022, il Consiglio ha inserito, e in seguito mantenuto, i sigg. Petr Aven e Mikhail Fridman, che sono importanti soci dell'Alfa Group, comprendente una delle principali banche russe, negli elenchi delle misure restrittive in risposta all'invasione russa dell'Ucraina, con conseguente congelamento dei loro capitali e delle risorse economiche (decisione (PESC) 2022/337 del Consiglio, del 28 febbraio 2022; regolamento d'esecuzione (UE) 2022/336 del Consiglio, del 28 febbraio 2022; decisione (PESC) 2022/1530 del Consiglio, del 14 settembre 2022; regolamento d'esecuzione (UE) 2022/1529 del Consiglio, del 14 settembre 2022). Al Tribunale, i ricorrenti chiedono che gli atti adottati dal Consiglio siano annullati nelle parti che li riguardano poiché l'istituzione europea non avrebbe fornito elementi di prova attendibili e la valutazione non sarebbe corretta, mentre il Consiglio sostiene che entrambi i ricorrenti abbiano fornito appoggio materiale o finanziario ai decisori russi, e abbiano sostenuto azioni e politiche che compromettono o minacciano l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina.

Il Tribunale conclude che, sebbene Petr Aven e Mikhail Fridman siano in qualche modo vicini a Vladimir Putin, il Consiglio non è stato in grado di fornire elementi di prova tali da dimostrare che i ricorrenti abbiano sostenuto azioni o politiche tese a compromettere o minacciare l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina, o che abbiano fornito sostegno materiale o finanziario al governo russo a tale scopo. Di conseguenza, il Tribunale accoglie le domande dei ricorrenti e annulla gli atti iniziali e di mantenimento negli elenchi di persone colpite da misure restrittive, nelle parti che li riguardano.

AG Medina, conclusioni dell'11 aprile 2024, causa C-109/23 [*Jemerak*], *GM, ON c. PR*

Parole chiave: regolamento (UE) 2022/1904; nozione di "servizi di consulenza giuridica"; misure restrittive nei confronti di persone giuridiche, entità o organismi stabiliti in Russia

La controversia del procedimento principale vede, da un lato, GM e ON, interessati all'acquisto di un appartamento sito a Berlino (Germania), e dall'altro lato, PR, un notaio che si è rifiutato di autenticare e dare esecuzione al contratto di compravendita di detto appartamento poiché il venditore, la società "Visit-Moscow Ltd" è una persona giuridica stabilita in Russia.

Attraverso una domanda pregiudiziale, la Corte è chiamata a interpretare il regolamento 2022/1904 del Consiglio, del 6 ottobre 2022, concernente le misure restrittive adottate dal Consiglio in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina. Specificamente, la domanda pregiudiziale verte sull'interpretazione della nozione di "servizi di consulenza giuridica" del regolamento in oggetto poiché questo vieta di «prestare, direttamente o indirettamente (...) servizi di consulenza giuridica (... a...) persone giuridiche, entità o organismi stabiliti in Russia». Nel caso di specie, il giudice del rinvio chiede se rientrino in tale divieto i compiti svolti da un notaio in uno Stato membro nell'ambito dell'autenticazione di un contratto di compravendita di un immobile di proprietà di una persona giuridica stabilita in Russia.

L'AG, che esamina la nozione di "servizi di consulenza giuridica" attraverso, dapprima, un'interpretazione testuale, successivamente contestuale, e infine, teleologica, conclude che il procedimento di autenticazione effettuato dal notaio, in particolare in relazione a un contratto di compravendita di una proprietà immobiliare, non rientra nel divieto previsto da tale disposizione. Inoltre, aggiunge l'AG, non sono nemmeno vietati, in tale scenario, i servizi forniti da un interprete a un notaio. L'AG conclude proponendo alla Corte di stabilire che nella nozione di "servizi di consulenza giuridica", vietata dal regolamento in oggetto, non rientri l'autenticazione di un contratto da parte di un notaio a condizione che la transizione sia legittima alla luce del regolamento in questione e che l'autenticazione non comprenda una consulenza giuridica. La sussistenza di queste dovrà essere accertata dal giudice del rinvio.

Tribunale (Nona Sezione), sentenza del 29 maggio 2024, causa T-116/22, *Belavia – Belarusian Airlines AAT c. Consiglio*

Parole chiave: Misure restrittive; decisione di esecuzione (PESC) 2021/2125; decisione (PESC) 2023/421; regolamento di esecuzione (UE) 2021/2124; regolamento di esecuzione (UE) 2023/419; attività del regime di Lukashenko relative all'attraversamento illegale delle frontiere esterne dell'Unione

La ricorrente, Belavia – Belarusian Airlines AAT, è una compagnia aerea di bandiera nazionale di proprietà dello Stato bielorusso che ha subito il congelamento di fondi e risorse economiche in attuazione di diversi atti del Consiglio (decisione di esecuzione (PESC) 2021/2125 del Consiglio, del 2

dicembre 2021; regolamento di esecuzione (UE) 2021/2124 del Consiglio, del 2 dicembre 2021; decisione (PESC) 2023/421 del Consiglio, del 24 febbraio 2023; regolamento di esecuzione (UE) 2023/419 del Consiglio, del 24 febbraio 2023). Secondo il Consiglio, la ricorrente contribuirebbe alle attività del regime di Lukashenko volte, in particolare, ad agevolare l'attraversamento illegale delle frontiere esterne dell'Unione, attraverso il trasporto di cittadini di paesi terzi verso la Bielorussia. La ricorrente, al contrario, contesta gli indizi e i dati in possesso del Consiglio sostenendo, tra l'altro, che essa abbia trasportato meno passeggeri rispetto ad altre compagnie aeree che servivano le stesse tratte.

Il Tribunale stabilisce che gli indizi del Consiglio sono sufficientemente precisi, concreti e concordanti nel provare che cittadini di paesi terzi sono giunti a Minsk (Bielorussia) a bordo di voli della ricorrente al fine di attraversare le frontiere esterne dell'Unione senza conformarsi alle normative vigenti. Il Consiglio non ha, quindi, commesso errori di valutazione nel concludere che la ricorrente abbia sostenuto il regime di Lukashenko e da questo abbia tratto un beneficio concreto.

Accordo UE-Regno Unito, mandato d'arresto e principio della fiducia reciproca

AG Szpunar, conclusioni del 27 giugno 2024, causa C-202/24 [*Alchaster*], *Minister for Justice and Equality c. MA*

Parole chiave: Accordo di commercio e cooperazione tra UE e Regno Unito; mandato d'arresto; fiducia reciproca; art. 51, par. 1, Carta dei diritti fondamentali dell'UE

Il caso nasce da una richiesta di pronuncia pregiudiziale da parte della Corte Suprema d'Irlanda sull'interpretazione dell'Accordo di commercio e cooperazione tra UE e Regno Unito. Il giudice del rinvio chiede al giudice di Lussemburgo di stabilire gli obblighi dell'autorità giudiziaria, in questo caso irlandese, nell'esecuzione di un mandato di arresto, richiesto dal Regno Unito, che potrebbe sollevare rischi di violazioni dei diritti fondamentali, se tale persona venisse estradata.

Dopo aver messo in luce le principali peculiarità giuridiche dell'Accordo, l'AG si sofferma sulle disposizioni che regolano il mandato d'arresto (contenute nella Parte Tre, Titolo VII) per concludere che il sistema disciplinato

dall'Accordo in questione è molto simile a quanto prevede la Decisione quadro 2002/584 del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

Quanto alla valutazione che l'Irlanda dovrebbe effettuare, non si tratterebbe, secondo l'AG, di porre in essere l'esame a due fasi, come stabilito dalla CGUE nel caso *Aranyosi e Căldăraru* (Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU). Questo test, nello specifico, pone le basi sul più alto livello di fiducia reciproca tra gli Stati membri dell'UE, mentre quello esistente tra l'UE e il Regno Unito, per quanto sia elevato, non è tale da porsi allo stesso piano. Nel caso di specie, le autorità irlandesi, se in possesso di prove di un rischio reale che i diritti fondamentali della persona da estradare vengano violati, dovrà effettuare un proprio esame.

Per quanto attiene al rapporto esistente tra l'art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'UE ("Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene") e l'art. 7, par. 1, Convenzione europea dei diritti dell'uomo ("Nulla poena sine lege"), che viene sollevato dal momento che, nel caso di specie, l'estradizione potrebbe essere incompatibile con il principio di legalità, l'AG ritiene che lo scopo del primo non vada considerato più ampio del secondo. In sostanza, quindi, quando uno Stato membro riceve una richiesta dal Regno Unito, ai sensi della Parte tre, Titolo VII, dell'Accordo tra UE e Regno Unito, in merito all'estradizione di un individuo, e posto che sussistano prove in merito a potenziali violazioni dell'art. 49, par. 1, Carta dei diritti fondamentali, le autorità giudiziarie dello Stato membro devono condurre una propria valutazione che sia basata su informazioni oggettive, affidabili, specifiche e aggiornate. Lo Stato membro può rifiutarsi di estradare l'individuo in questione qualora ritenga di esporlo a un reale rischio di violazione dei diritti fondamentali.