

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

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

QUADERNI AISDUE

3  
2022



---

---

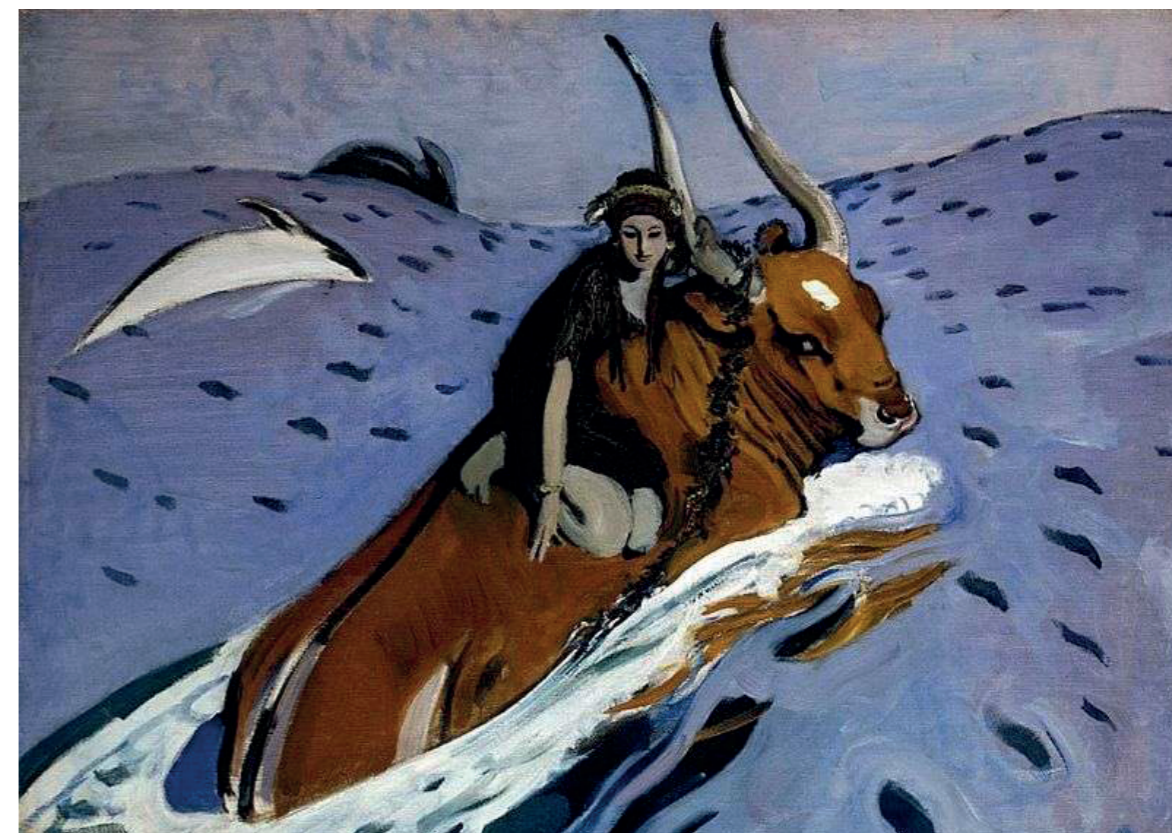
# QUADERNI AISDUE

## 3/2022

---

---

### Editoriale Scientifica



ISBN 979-12-5976-518-5



9 791259 765185

ES

ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI STUDIOSI DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Organi dell'Associazione

*Presidente:* Antonio Tizzano

*Segretario generale:* Patrizia De Pasquale

*Consiglio direttivo:*

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

*Collegio dei garanti:*

Giandonato Caggiano, Paolo Mengozzi,  
Bruno Nascimbene, Ennio Triggiani

## **Quaderni AISDUE**

### *Comitato scientifico:*

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

### *Comitato editoriale Quaderni AISDUE:*

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

### *Comitato editoriale BlogDUE:*

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

# QUADERNI AISDUE

2022/3

Editoriale Scientifica  
Napoli

Proprietà letteraria riservata

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

ISBN 979-12-5976-518-5  
ISSN 2723-9969

## INDICE

*Presentazione* di Antonio Tizzano 9

### **Articoli**

FIORAVANTI C., Lo stato degli stock ittici fra persistenti criticità e prospettive di revisione della disciplina: verso la relazione della Commissione sul funzionamento della politica comune della pesca, 1° ottobre 2021 13

MIGLIORI M., Unione europea e preparazione giuridico-sanitaria: due passi avanti e uno indietro?, 7 ottobre 2022 29

NASCIMBENE B., Situazioni di crisi e protezione internazionale. Quale ruolo per il diritto dell'Unione europea, 29 ottobre 2022 49

PORCARI A., Delegare o non delegare? Il dibattito istituzionale europeo sui requisiti per la produzione di idrogeno rinnovabile: addizionalità, correlazione temporale e correlazione geografica, 3 dicembre 2022 71

### **Note e commenti**

DE FALCO E.; Indipendenza della magistratura in Polonia: brevi note a margine della sentenza *Getin Noble Bank S.A.*, 5 ottobre 2022 89

### **BlogDUE**

BIANCO A., La tutela degli individui in sede di adozione delle misure restrittive: il Tribunale si pronuncia sull'accertamento dei fatti da parte del Consiglio dell'Unione, 14 dicembre 2022 109

CECI F., Osservazioni sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione dell'Aja del 2019 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere in materia civile e commerciale, 4 dicembre 2022 119

DE STEFANI S., Continua la “campagna” del CdS per ottenere chiarimenti sull'art. 267, comma terzo, TFUE (e “salvarsi” dal rischio di azioni di risarcimento per mancato rinvio) 133

FAVI A., 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>I.S.</i> , 6 dicembre 2022	141
FERRARO F., Un piccolo passo in avanti sull'obbligo di rinvio pregiudiziale per chiarire i dubbi sollevati dal Consiglio di Stato, 15 ottobre 2022	155
FERRI F., <i>Less is More (per ora)? Identità nazionale e limiti alle libertà di mercato nel caso Cilevičs</i> , 13 novembre 2022	169
GRECO G., Azione di revocazione per "mancato" rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: il Consiglio di Stato prova la via interna, 10 ottobre 2022	181
IZZO S., Prime osservazioni sulla Comunità politica europea (CPE), 14 novembre 2022	187
LANOTTE M., L'azione di annullamento proposta dalle associazioni giudiziarie contro la decisione del Consiglio di approvare il PNRR di Varsavia, 26 ottobre 2022	199
LEFEBVRE A., <i>Ukraine : quelle place pour les droits fondamentaux dans le processus d'adhésion à l'Union européenne?</i> , 22 dicembre 2022	209
MINUCCI B., Caso Sea-Watch: la Corte di giustizia UE pone limiti alla prassi dei fermi amministrativi, 22 novembre 2022	217
PACE L., Il principio del primato è "sotto attacco"? Brevi note su (presunti) limiti scaturenti dalle Costituzioni nazionali e dal sindacato delle Corti costituzionali, 5 ottobre 2022	227
PERILLO E., <i>Le soixante-dixième anniversaire de la Cour de justice à l'heure d'un difficile tournant dans l'histoire européenne : quand l'ancrage à sa jurisprudence peut devenir essentiel</i> , 25 ottobre 2022	237
ROSANÒ A., La nozione di familiare convivente di un cittadino dell'Unione europea: riflessioni a margine della sentenza C-22/21, <i>Minister for Justice and Equality (Ressortissant de pays tiers cousin d'un citoyen de l'Union)</i> , 10 dicembre 2022	241
SALVATORE V., Non può essere rimpatriato il cittadino di uno Stato terzo il cui soggiorno in uno Stato membro è irregolare qualora ciò possa aggravare	

INDICE	7
il suo stato di salute per l'indisponibilità delle terapie alle quali ha accesso nello Stato ospitante, 22 dicembre 2022	253
TRIMARCHI A., Legge previdenziale applicabile al personale navigante delle compagnie aeree: nuovi spunti dalla giurisprudenza dell'Unione (causa C-33/21), 7 novembre 2022	259
<b>Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo (IFA) - Aggiornamenti sulla giurisprudenza</b> <b>(a cura di Erika Colombo e Francesco Luigi Gatta)</b>	
Bollettino mensile n. 10 - ottobre 2022	267
Bollettino mensile n. 11 - novembre 2022	279
Bollettino mensile n. 12 - dicembre 2022	289





## PRESENTAZIONE

E siamo al numero 3/2022! Ancora una volta cioè l'insieme dei contributi offerti nelle varie forme al nostro sito conferma l'auspicio formulato nel presentare il precedente Quaderno: l'afflusso dei contributi è continuato allo stesso modo e ha così confermato il successo dell'iniziativa.

In questo nuovo Quaderno il lettore troverà una varietà di contributi su temi assai diversi e tutti o quasi attualissimi. Dal problema del primato del diritto UE alla situazione degli immigrati, dalle questioni della tutela giurisdizionale nell'Unione ai problemi del trasporto aereo, dalla politica della pesca a quella sanitaria, e così via, si tratta di temi vivi ed attuali, che emergono da una prassi seguita con attenzione e sagacia e quindi analizzata con cura e quasi sempre con spirito critico.

Ne risulta un nuovo volume collettaneo che prolunga l'utile prassi della nostra Associazione di raccogliere periodicamente i vari scritti e pubblicarli in modo autonomo. Speriamo di continuarla nel tempo con la pubblicazione di nuovi contributi e quindi di nuovi "Quaderni".

Il Presidente  
Antonio Tizzano



## **Articoli**



LO STATO DEGLI STOCK ITTICI FRA PERSISTENTI CRITICITÀ  
E PROSPETTIVE DI REVISIONE DELLA DISCIPLINA:  
VERSO LA RELAZIONE DELLA COMMISSIONE  
SUL FUNZIONAMENTO DELLA POLITICA COMUNE  
DELLA PESCA

**Cristiana Fioravanti\***

SOMMARIO: 1. Le “ricadute” del monitoraggio annuale sull’attuazione degli obiettivi della politica comune della pesca. – 2. Lo stallo nel processo di revisione del regime di controllo sulla proposta della Commissione del 2018. – 3. Gli esiti del monitoraggio sullo stato delle risorse gestite esclusivamente dall’Unione e di quelle condivise. – 4. Verso la relazione della Commissione sul funzionamento della politica comune della pesca.

1. *Le “ricadute” del monitoraggio annuale sull’attuazione degli obiettivi della politica comune della pesca*

Lo scorso 1° giugno la Commissione europea ha pubblicato la consueta relazione annuale sulla valutazione dei progressi relativi alla gestione degli stock ittici gestiti esclusivamente dall’Unione e di quelli condivisi con Stati terzi, anche nel quadro delle organizzazioni regionali per la pesca<sup>1</sup>.

Per l’anno in corso, la relazione assume particolare rilevanza poiché anticipa di pochi mesi un importante appuntamento per il futuro della politica comune della pesca<sup>2</sup>. Entro il prossimo dicembre, la Commissione dovrà infatti riferire – come previsto dall’art. 49 del regolamento n. 1380/2013 sulla politica comune della pesca – al Parlamento europeo e al

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

<sup>1</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Verso una pesca più sostenibile nell’UE: situazione attuale e orientamenti per il 2023*, COM(2022) 253, 1° giugno 2022, in [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM:2022:253:FIN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM:2022:253:FIN); si veda, insieme, Commission Staff Working Document, *Accompanying the document, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Towards more sustainable fishing in the EU: state of play and orientations for 2023*, SWD(2022) 157, in [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022SC0157](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022SC0157).

<sup>2</sup> EAA, *2022 is the year of the Common Fisheries Policy*, in [www.eaa-europe.org/news/16596/2022-is-the-year-of-the-common-fisheries-policy.html](http://www.eaa-europe.org/news/16596/2022-is-the-year-of-the-common-fisheries-policy.html).

Consiglio in merito al funzionamento della politica comune della pesca [di seguito pc<sup>3</sup>]. Trascorso ormai un decennio dal primo regolamento di base adottato congiuntamente da Parlamento e Consiglio, la comunicazione della Commissione del prossimo dicembre è dunque finalizzata ad aprire un ampio confronto sull'efficacia di una disciplina che si caratterizza, rispetto al passato, per tratti particolarmente innovativi.

Il regolamento del 2013 ha infatti assegnato alla politica comune della pesca nuovi obiettivi e strumenti di gestione delle risorse, al fine di assicurarne lo sfruttamento nei limiti del *rendimento massimo sostenibile*<sup>4</sup>. Tale indicatore introdotto per la gestione degli stock ittici è teso ad assicurare la massimizzazione delle catture, salvaguardando al contempo la sostenibilità delle risorse, assicurando “il maggior numero di catture che può essere effettuato in condizioni di sicurezza, anno dopo anno, mantenendo le dimensioni della popolazione ittica al livello di massima produttività”<sup>5</sup>. Ed è pur vero – lo provano gli esiti dell'ultima relazione della Commissione – che l'obiettivo non può ancora dirsi compiutamente raggiunto, ma non vanno sottovalutati i progressi che in questi anni si sono gradualmente realizzati e che occorre consolidare, concentrando al contempo gli sforzi con riguardo allo stato delle risorse che permangono critiche, come è nel Mar Mediterraneo, Mar Baltico e, anche per effetto della guerra in corso, nel Mar Nero. Non meno impegnativa è, poi, la sfida che coinvolge l'Unione nella gestione di risorse condivise con Stati terzi e in seno alle organizzazioni regionali; basti pensare alle conseguenze che sono derivate dal recesso del Regno Unito e dai riflessi che ciò ha comportato anche nelle relazioni con la Norvegia<sup>6</sup>.

Resta poi in parte ancora incompiuto il gravoso processo di adeguamento della disciplina previgente agli obiettivi della riforma del 2013, la

<sup>3</sup> Regolamento (UE) n. 1380/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, relativo alla politica comune della pesca, che modifica i regolamenti (CE) n. 1954/2003 e (CE) n. 1224/2009 del Consiglio e che abroga i regolamenti (CE) n. 2371/2002 e (CE) n. 639/2004 del Consiglio, nonché la decisione 2004/585/CE del Consiglio, in [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32013R1380](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32013R1380).

<sup>4</sup> Per uno sguardo d'insieme sugli sviluppi nel tempo della politica comune della pesca, si veda, M. ARANDA, C. ULRICH, B. LE GALLIC, L. BORGES, S. METZ, R. PRELLEZO, M. SANTRUTÚN, Research for PECH Committee, *EU fisheries policy – latest developments and future challenges*, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, 2019, in [www.europarl.europa.eu/cmsdata/186977/Study\\_EU%20Fisheries%20policy\\_EN-original.pdf](http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/186977/Study_EU%20Fisheries%20policy_EN-original.pdf).

<sup>5</sup> V. art. 2, par. 2, reg. 1380/2013.

<sup>6</sup> V. *infra*, par.3.

cui portata non è limitata all'esercizio della competenza esclusiva che i Trattati assegnano all'Unione in materia di conservazione e gestione degli stock. Per assicurare coerenza alla politica comune complessivamente riguardata, valorizzandone altresì la dimensione ambientale<sup>7</sup>, il regolamento di base non si limita infatti alla regolamentazione dei meccanismi di sfruttamento sostenibile delle risorse biologiche marine in una prospettiva ecosistemica, ma pone altresì norme di principio con riguardo agli altri ambiti connessi alla gestione della complessa materia: organizzazione comune del mercato dei prodotti di settore, strumenti di finanziamento, regime di controllo, relazioni esterne, sviluppo sostenibile dell'acquacoltura. Rispetto a tali ambiti, distinti ma intimamente connessi alla gestione delle risorse, il regolamento di base si limita a dettare norme di principio da declinare in apposite discipline di dettaglio, al fine di salvaguardare la coerenza che la regolamentazione della politica della pesca nel suo insieme richiede per il raggiungimento degli obiettivi previsti dal TFUE.

La riforma del 2013 ha, dunque, rappresentato un significativo cambio di passo rispetto al passato, ma il processo di complessiva revisione della materia non è ancora del tutto compiuto. I nuovi e impegnativi obiettivi previsti per la gestione degli stock ittici e le esigenze di adeguamento della disciplina ai principi posti dal regolamento di base del 2013, continuano pertanto a richiedere un impegno costante da parte delle istituzioni e degli Stati membri. In questo quadro di progressivo sviluppo dell'ultima riforma, il monitoraggio elaborato dalla Commissione sulla scorta dei dati e delle risultanze scientifiche rappresenta perciò uno strumento di fondamentale importanza. Invero, la relazione della Commissione consente al Parlamento europeo e al Consiglio di cogliere, anno dopo anno, i "progressi realizzati nell'attuazione del rendimento massimo sostenibile" e di apprezzare lo stato in cui si trovano gli stock ittici. Sotto questo profilo, gli esiti del monitoraggio annuale costituiscono del resto per la Commissione il punto d'avvio su cui elaborare le proposte da tramettere al Consiglio, in vista

<sup>7</sup> Sui profili relativi all'interazione fra politica comune della pesca e ambiente si veda, S. VILLANI, *La conservazione delle risorse del mare nell'Unione europea: limiti e prospettive in ottica (eco)sistemica*, in [www.aisdue.eu/susanna-villani-la-conservazione-delle-risorse-del-mare-nellunione-europea-limiti-e-prospettive-in-ottica-ecosistemica/](http://www.aisdue.eu/susanna-villani-la-conservazione-delle-risorse-del-mare-nellunione-europea-limiti-e-prospettive-in-ottica-ecosistemica/); C. FIORAVANTI, *La dimensione ambientale nella conservazione delle risorse biologiche del mare fra questioni di competenza e poteri degli Stati membri dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, n. 9, 2019, p. 1 ss. Si veda inoltre Corte dei Conti dell'Unione europea, *Relazione speciale, Ambiente marino: la protezione esercitata dall'UE è estesa ma non va in profondità*, 26/2020, in [op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/marine-environment-26-2020/it/](http://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/marine-environment-26-2020/it/).



dell'adozione della disciplina annuale sulle possibilità di pesca per l'anno successivo sia con riguardo alle risorse gestite esclusivamente dall'Unione, sia per quelle condivise con Stati terzi anche nel quadro delle organizzazioni regionali per la pesca.

Vero è che se è questa la finalità più diretta del monitoraggio annuale, la relazione non si limita peraltro a rappresentare lo stato degli stock ittici, ma offre valutazioni di più ampio respiro sull'adeguamento delle flotte alle capacità di pesca, sulla raccolta e trasmissione dei dati e sul rispetto della disciplina di controllo della politica comune. D'altronde, sono queste le risultanze che incidono in modo rilevante sulla gestione delle risorse e sul raggiungimento del rendimento massimo sostenibile delle risorse, salvaguardando al contempo la sostenibilità economica del settore.

Nella gestione della politica comune della pesca lo strumento del monitoraggio annuale assume un'importanza decisiva non solo ai fini della determinazione annuale delle possibilità di pesca, ma anche per orientare interventi di più ampio respiro in materia. In effetti, le criticità che i monitoraggi annuali evidenziano hanno nel tempo favorito un processo di graduale revisione della disciplina, in coerenza con gli obiettivi di fondo dell'ultima riforma della pc.

In questa dimensione, si apprezza l'adozione del regolamento n. 2019/1241 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla conservazione delle risorse della pesca e alla protezione degli ecosistemi marini attraverso misure tecniche, adottato allo scopo di razionalizzare l'insieme della normativa che, nel tempo, si era andata stratificando<sup>8</sup>. Ed è pur sempre nell'ottica di rafforzare l'apporto della ricerca e delle risultanze scientifiche sulla gestione delle risorse che il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato il regolamento n. 2017/1004 che ha istituito un regime per la raccolta, la gestione e l'uso di dati nel settore della pesca e un sostegno

<sup>8</sup> Regolamento (UE) 2019/1241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativo alla conservazione delle risorse della pesca e alla protezione degli ecosistemi marini attraverso misure tecniche, che modifica i regolamenti (CE) n. 1967/2006, (CE) n. 1224/2009 del Consiglio e i regolamenti (UE) n. 1380/2013, (UE) 2016/1139, (UE) 2018/973, (UE) 2019/472 e (UE) 2019/1022 del Parlamento europeo e del Consiglio, e che abroga i regolamenti (CE) n. 894/97, (CE) n. 850/98, (CE) n. 2549/2000, (CE) n. 254/2002, (CE) n. 812/2004 e (CE) n. 2187/2005 del Consiglio, versione consolidata: [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:02019R1241-20220226&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:02019R1241-20220226&from=EN). Sul divieto di uso di reti da traino con impiego di impulso elettrico, disposto da un allegato al regolamento, si veda la sentenza della Corte del 15 aprile 2021, causa C-733/19, *Paesi Bassi c. Consiglio*.

alla consulenza scientifica relativa alla politica comune della pesca<sup>9</sup>. Di rilievo è poi il regolamento n. 2017/2403 relativo alla gestione delle flotte da pesca esterne<sup>10</sup>. Infine, in questa cornice di progressivo riassetto della materia è maturata l'azione delle istituzioni volta ad assicurare il tempestivo adeguamento della normativa di sostegno, come prova la recente revisione della disciplina degli strumenti finanziari della pcp, cui va il merito di avere, fra l'altro, valorizzato l'apporto dell'acquacoltura nel quadro delle finalità della politica comune della pesca, dando così seguito anche per questo settore alle previsioni del regolamento di base<sup>11</sup>.

## 2. *Lo stallo nel processo di revisione del regime di controllo sulla proposta della Commissione del 2018*

Non si registrano viceversa, nonostante si tratti di un profilo estremamente critico costantemente evidenziato dalla Commissione nelle sue relazioni annuali e dalla Corte dei conti europea già nel 2017<sup>12</sup>, progressi significativi sul versante della riforma del sistema di controllo della politica comune della pesca. Nella comunicazione trasmessa al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione del regolamento sul controllo (regolamento n. 1224/09 e normativa correlata) per il periodo 2014-2019, la Commissione aveva del resto riscontrato la persistenza di pesanti carenze nell'attuazione delle "i) disposizioni sul controllo e verifica della potenza motrice; ii) pesatura; iii) obblighi di sbarco; iv) controllo della flotta esterna; e v) appli-

<sup>9</sup> Regolamento (UE) 2017/1004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, che istituisce un quadro dell'Unione per la raccolta, la gestione e l'uso di dati nel settore della pesca e un sostegno alla consulenza scientifica relativa alla politica comune della pesca e che abroga il regolamento (CE) n. 199/2008 del Consiglio, in eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1004.

<sup>10</sup> Regolamento (UE) 2017/2403 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, relativo alla gestione sostenibile delle flotte da pesca esterne e recante abrogazione del regolamento (CE) n. 1006/2008 del Consiglio, in eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017R2403&from=IT.

<sup>11</sup> Regolamento (UE) 2021/1139 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2021, che istituisce il Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'acquacoltura e che modifica il regolamento (UE) 2017/1004, in eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1139&from=IT.

<sup>12</sup> Corte dei conti europea, Relazione speciale, *Controllo della pesca nell'UE: occorre intensificare gli sforzi*, 08/2017, [www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR17\\_8/SR\\_FISHERIES\\_CONTROL\\_IT.pdf](http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR17_8/SR_FISHERIES_CONTROL_IT.pdf).

cazione di sanzioni”<sup>13</sup>, riaffermando l’urgente necessità di procedere ad una decisa revisione della disciplina. Ma la proposta della Commissione, risalente al 2018, non ha ancora trovato l’accordo dei co-legislatori in vista dell’adozione di una disciplina pienamente rispondente alle esigenze della materia<sup>14</sup>.

Eppure, nelle sue relazioni annuali sullo stato delle risorse ittiche, la Commissione non ha mai mancato di rinnovare l’urgenza di un intervento sul regime di controllo, la cui disciplina si regge a tutt’oggi su un regolamento adottato prima della riforma della politica comune della pesca del 2013 e che risulta non del tutto adeguato ed efficiente<sup>15</sup>. Non per nulla, la revisione di cui la Commissione sollecita l’adozione anche nell’ultima relazione annuale è motivata dall’urgenza di dotare la politica comune della pesca di un’efficace disciplina che superi le criticità di quella attualmente in vigore, adeguandone la normativa ai principi che, per tale profilo, il regolamento base del 2013 pone<sup>16</sup>.

Vero è che il regime di controllo è uno dei profili più delicati della materia poiché – come è evidente – il raggiungimento degli obiettivi connessi alla gestione e conservazione delle risorse è strettamente connesso non solo all’efficacia dei meccanismi previsti, ma anche all’azione conseguente da parte degli Stati membri<sup>17</sup>. Non per nulla la proposta elaborata dalla

<sup>13</sup> Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio sull’applicazione del regolamento (CE) n. 1224/2009 del Consiglio che istituisce un regime di controllo unionale per garantire il rispetto delle norme della politica comune della pesca, come previsto a norma dell’articolo 118 per il periodo 2015-2019, COM(2021) 316, del 22 giugno 2021, in [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0316&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0316&from=EN).

<sup>14</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (CE) n. 1224/2009, (CE) n. 768/2005, (CE) n. 1967/2006 e (CE) n. 1005/2008 del Consiglio e il regolamento (UE) 2016/1139 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i controlli nel settore della pesca, COM(2018)368, [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0368&from=IT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0368&from=IT).

<sup>15</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Verso una pesca più sostenibile nell’UE: situazione attuale e orientamenti per il 2022, 9 giugno 2021, COM(2021) 279, in [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0279&from=RO](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0279&from=RO).

<sup>16</sup> Si veda l’art. del reg. 1380/2013, cit.

<sup>17</sup> Spetta agli Stati membri l’adozione di misure adeguate di controllo, di ispezione e di contrasto – sulla base di sanzioni “effettive, proporzionate e dissuasive” (su cui v. da ultimo la sentenza dell’11 febbraio 2021, causa C-77/20, *K.M.*, e l’ordinanza del 1° marzo 2022, causa C-493/21, *K.M.*; la sentenza del 10 febbraio 2022, causa C-564/20, *PF, MF*) – alle in-

Commissione muove nella direzione di una profonda revisione della disciplina vigente per i profili di inadeguatezza che essa ha nel tempo mostrato, prospettando, in particolare, il ricorso alla localizzazione elettronica per tutti i pescherecci della flotta dell'Unione, la digitalizzazione dei dati relativi alle catture, l'utilizzo del formato elettronico per la tenuta dei giornali di pesca e delle dichiarazioni di sbarco e un'apposita disciplina dedicata al controllo della pesca ricreativa, sino ad oggi non adeguatamente regolata nonostante l'incidenza di tale pratica sulla conservazione e sostenibilità delle risorse<sup>18</sup>.

Uno dei punti qualificanti della proposta, su cui peraltro si sono misurate le posizioni divergenti dei co-legislatori, è la previsione dell'utilizzo a bordo di sistemi di telecamere a circuito chiuso di cui la Commissione propone l'impiego per contrastare con maggiore efficacia la pratica dei rifiuti in mare. Le relazioni annuali attestano la gravità e l'incidenza delle violazioni connesse all'obbligo di sbarco sulla gestione sostenibile delle risorse, nonostante si tratti di uno degli elementi centrali della politica comune riformata<sup>19</sup>. Ancora, per quanto attiene alla regolamentazione del meccanismo di tracciabilità, la proposta prevede il ricorso alla digitalizzazione dei dati con riguardo a tutti i prodotti della pesca e dell'acquacoltura e il ricorso a un sistema di pesatura improntato ad una minore flessibilità quanto a deroghe ed eccezioni percorribili dagli Stati membri. Modifiche rilevanti si prospettano poi sia per quanto riguarda l'armonizzazione del sistema sanzionatorio, sia sotto il profilo di un rafforzamento del ruolo e dei poteri dell'Agenzia europea di controllo della pesca (EFCA).

frazioni commesse nelle acque e nel territorio dell'Unione. Va altresì segnalato che il regolamento di base della politica comune della pesca ha previsto, all'art. 37, la creazione di un *Gruppo di esperti* (le minute degli incontri, ad oggi sono pubblicati i resoconti di soli due incontri, sono reperibili in [ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/meetings/consult?lang=en&meetingId=24037&fromExpertGroups=true](https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/meetings/consult?lang=en&meetingId=24037&fromExpertGroups=true)) cui è affidata la trattazione dei "nodi problematici di interesse comune", la formulazione di pareri anche relativi alle priorità in termini di sostegno finanziario dell'Unione e lo scambio di informazioni sulle attività di controllo e di ispezione. Il Gruppo di esperti (composto da rappresentanti della Commissione e degli Stati membri) dà vita a un foro di coordinamento fra tutti gli attori coinvolti: alle riunioni possono infatti essere invitati anche esperti dal Parlamento europeo e l'Agenzia europea per il controllo della pesca assiste alle riunioni in qualità di osservatore.

<sup>18</sup> Cfr. C. FIORAVANTI, *Limiti d'accesso alle risorse ittiche e pesca non professionale. Note a commento della pronuncia del Tribunale dell'Unione europea nella causa nella causa IFSUA*, in *Rivista di diritto agrario*, II, 2021, p. 3 ss.

<sup>19</sup> V. punto 3.

Le posizioni emerse in prima lettura evidenziano, nonostante il favore di massima manifestato dal Parlamento europeo e dal Consiglio, divergenze di rilievo proprio sugli aspetti più qualificanti della proposta<sup>20</sup>. In particolare, rispetto all'obbligatorietà dell'installazione del sistema di telecamere a circuito chiuso a bordo, il Parlamento propone di prevederne l'utilizzo solo su base volontaria e con la previsione di incentivi che ne promuovano l'utilizzo, limitandone l'obbligatorietà ai soli pescherecci che siano ripetutamente incorsi in violazioni. Più in generale, la posizione espressa dal Parlamento tende ad attenuare la portata degli obblighi proposti dalla Commissione, prospettando esenzioni da accordare a pescherecci di lunghezza inferiore a 10 metri sia sotto il profilo dell'obbligo di tenuta dei giornali di pesca elettronici, sia quanto all'introduzione di deroghe alla pesatura dei prodotti al momento dello sbarco e al margine di tolleranza autorizzato nelle stime registrate nel giornale di pesca, in particolare per i piccoli pelagici e i tonnidi.

Non diversamente dal Parlamento, anche il Consiglio propone numerose modifiche al testo presentato dalla Commissione, specie sotto il profilo dell'introduzione di deroghe ed esenzioni (quanto ai sistemi di pesatura e tracciabilità) a favore dei pescherecci di piccole dimensioni. Inoltre, il Consiglio non si mostra favorevole ad accogliere la proposta della Commissione volta all'introduzione obbligatoria e generalizzata del sistema di telecamere a circuito chiuso, proponendo eventualmente il ricorso all'utilizzo di sistemi di controllo a distanza. Non incontra il favore del Consiglio neppure la proposta di regolamentazione della pesca ricreativa rispetto alla quale il Consiglio prospetta non già l'introduzione di un sistema di licenze, quanto piuttosto il rafforzamento dei sistemi di controllo da parte degli Stati membri sulle catture di specie sottoposte a limitazioni di pesca. Merita infine menzione la prospettiva del Consiglio volta ad implementare, nell'ottica della regionalizzazione della pcp, specifiche misure di controllo regionale in cooperazione fra gli Stati membri.

Il quadro sinteticamente tracciato evidenzia posizioni divergenti e, in particolare, fa risaltare il disfavore del Parlamento europeo e del Consiglio

<sup>20</sup> Cfr. Parlamento europeo, Relazione della Commissione pesca sulla proposta (A9-0016/2021), [www.europarl.europa.eu/RegData/seance\\_pleniere/textes\\_deposes/rapports/2021/0016/P9\\_A\(2021\)0016\\_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2021/0016/P9_A(2021)0016_IT.pdf) e la risoluzione approvata l'11 marzo 2021 (P9\_TA(2021)0076), [www.europarl.europa.eu/RegData/seance\\_pleniere/textes\\_adoptes/definitif/2021/03-11/0076/P9\\_TA\(2021\)0076\\_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2021/03-11/0076/P9_TA(2021)0076_IT.pdf); Consiglio dell'Unione europea, posizione sulla proposta, 12 luglio 2021 (ST 10406 2021 ADD 3 REV 1), [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_10406\\_2021\\_ADD\\_3\\_REV\\_1&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_10406_2021_ADD_3_REV_1&from=EN).

verso l'introduzione dell'obbligatorietà del sistema telecamere e dei meccanismi di controllo della potenza motore a bordo. Nella relazione annuale la Commissione ribadisce, comunque, l'intenzione di voler continuare a collaborare con i co-legislatori per raggiungere un accordo che porti alla modifica del regime di controllo. Il monitoraggio fotografa, del resto, una situazione particolarmente critica per quanto riguarda l'analisi dell'equilibrio tra capacità della flotta e possibilità di pesca che, specie per le flotte che operano nel Mar Mediterraneo e nel Mar Nero, continua ad attestarsi a livelli prossimi ai massimali previsti dal regolamento 1380/2013. Ma l'aspetto che continua a destare le maggiori preoccupazioni è senza dubbio il rispetto dell'obbligo di sbarco che il regolamento di base ha introdotto, al fine di contrastare la pratica dei rigetti in mare con riguardo agli stock sottoposti a limiti di cattura e, per il Mar Mediterraneo, anche per le catture soggette a taglie minime. In questo settore, infatti, i controlli sul rispetto della normativa che è stata gradualmente introdotta sulla scorta del regolamento di base risultano carenti specie a causa delle "differenze nel controllo e nell'applicazione dell'obbligo di sbarco [...] all'interno degli Stati membri e tra di essi"<sup>21</sup>.

Non stupisce, pertanto, che la Commissione abbia nuovamente richiamato l'attenzione delle istituzioni sulla necessità di riformare il sistema di controllo delle attività di pesca, per assicurare, anche ricorrendo alle moderne strumentazioni, il rispetto della normativa. Senza un intervento di profonda revisione, sia sotto il profilo del controllo sulla capacità di pesca delle flotte, sia quanto al rispetto dell'obbligo di sbarco, l'obiettivo del rendimento massimo sostenibile risulta difficile da raggiungere specie in spazi marini eccessivamente sfruttati – come è nel Mar Mediterraneo.

### 3. *Gli esiti del monitoraggio sullo stato delle risorse gestite esclusivamente dall'Unione e di quelle condivise*

Dall'esame degli esiti del monitoraggio annuale sullo stato delle risorse

<sup>21</sup> Si veda Commissione per la pesca del Parlamento europeo, Relazione sul conseguimento degli obiettivi dell'obbligo di sbarco a norma dell'articolo 15 della politica comune della pesca, 27 aprile 2021, A9-0147/2021, punto AE, in [www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0147\\_IT.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0147_IT.html) e, insieme, la risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2021, sul conseguimento degli obiettivi dell'obbligo di sbarco a norma dell'articolo 15 della politica comune della pesca (2019/2177(INI)), in [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0227&from=LT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0227&from=LT).

della pesca gestite dall'Unione emerge una situazione non omogenea. Se, infatti, un numero maggiore di stock è stato portato a livelli di sostenibilità e si registra un risultato rilevante in relazione alle risorse ittiche dell'Atlantico nord-orientale complessivamente riguardate, continua a destare preoccupazione lo stato delle risorse presenti in altri spazi marini. È il caso del Mar Baltico che, afflitto da pesca eccessiva e da condizioni ambientali degradate, fa registrare un'inversione di tendenza rispetto ai miglioramenti conseguiti negli ultimi anni. Desto preoccupazione anche lo stato delle risorse ittiche del Mar Mediterraneo, ove l'indice di rendimento massimo sostenibile, pur sceso rispetto al passato, continua ad attestarsi a livelli non sostenibili<sup>22</sup>, registrando un valore doppio rispetto a quello indicato per mantenere gli stock entro i limiti biologici di sicurezza. Il miglioramento ha interessato in larga parte solo gli stock gestiti "in condivisione", grazie a misure adottate in seno alla Commissione generale per la pesca nel Mediterraneo e ai piani pluriennali adottati dall'Unione. Nuove criticità si addensano sulle risorse del Mar Nero e sulla pesca in quello spazio marino, non solo a causa dell'interruzione delle attività di pesca e delle inevitabili perturbazioni da ciò derivate sul mercato, ma anche con riguardo all'acquisizione dei pareri scientifici sullo stato delle risorse e alla cooperazione per la gestione di stock condivisi, con riflessi destinati a perpetrarsi negli anni a venire.

Sono molte le risorse della pesca che l'Unione condivide con Stati terzi e che richiedono una sempre più intensa cooperazione, per salvaguardarne la sostenibilità e, laddove necessario, l'adozione di piani di ricostituzione. A tal fine, per molti stock condivisi nell'Atlantico, nel Mar Baltico e nello Skagerrak/Kattegat, le possibilità di pesca sono assoggettate, in larga parte, a totali ammissibili di catture (TAC), ma non mancano casi in cui il sovrasfruttamento mette a rischio la consistenza degli stock, richiedendo alle Parti coinvolte la massima concertazione.

Inoltre, la gestione condivisa si estende ora ad un numero maggiore di risorse e la cooperazione assume, specie dopo il recesso del Regno dall'Unione, un'importanza determinante per la pesca nelle acque dell'Atlantico e del Mare del Nord<sup>23</sup>. Ma per la verità, dopo le difficoltà

<sup>22</sup> Uno stock è pescato in modo sostenibile al livello dell'MSY quando il rapporto tra la mortalità per pesca effettiva (F) e la mortalità per pesca compatibile con l'MSY (FMSY) è inferiore o uguale a 1: si veda la Relazione della Commissione, *Verso una pesca*, 2022, cit, par. 1.

<sup>23</sup> Si vedano i contributi in J. ECHEBARRIA FERNÁNDEZ, J. TAFSIR MATIN, J. SKINNER,

che si erano inizialmente riscontrate, pare essersi consolidata una prospettiva di rinnovato dialogo e cooperazione nelle relazioni fra l'Unione e il Regno Unito.

Che si tratti di un tema centrale per il settore della pesca – e, prima ancora, per la gestione sostenibile di quegli stock ora condivisi con un “nuovo” attore – è del resto evidenziato anche dal Parlamento europeo che, in una recente risoluzione, raccomanda alla Commissione di considerare e prevenire gli effetti che, a medio e lungo termine, sono destinati a riflettersi sulle possibilità di pesca assegnate alla flotta dell'Unione, a seguito della “rimodulazione” delle quote fissate dall'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione in vigore fra l'Unione e il Regno Unito. In termini più generali, il Parlamento europeo pone l'accento sulla necessità di intensificare gli sforzi “al fine di garantire una solida governance degli oceani promuovendo un uso e uno sfruttamento sostenibili delle risorse oceaniche e incoraggiando e il ripristino delle zone sulla base delle migliori e più recenti conoscenze scientifiche”<sup>24</sup>. Nel medio periodo l'invito rivolto alla Commissione è di adoperarsi per l'adozione di “tutte le misure atte a consentire, alla scadenza del periodo di adeguamento, l'accesso reciproco alle acque e alle risorse ittiche e di evitare che, dopo giugno 2026, non si riducano ulteriormente i contingenti per i pescatori dell'Unione”.

Il recesso del Regno Unito ha peraltro comportato un ulteriore riflesso sulla gestione delle risorse condivise “trilateralmente” con la Norvegia e il Regno Unito, nel tentativo di evitare che “in assenza di accordi di condivisione, si verificino situazioni di pesca eccessiva”<sup>25</sup>. I TAC fissati per il 2022 si attestano, in larga misura, sul livello del rendimento massimo sostenibile; anzi, per alcune risorse in sofferenza le Parti hanno convenuto di fissare limiti di cattura inferiori a quelli suggeriti nei pareri scientifici. In vista della determinazione delle quote relative al 2023, proseguiranno i negoziati per determinare i contingenti con gli Stati terzi, secondo la tabella di marcia indicata nella Relazione.

M. LENNAN (eds.), *Fisheries and the Law in Europe. Regulation After Brexit*, London-New York, 2022; v., inoltre, B. STEWART, C. WILLIAMS, R. BARNES, S. WALMSLEY, G. CARPENTER, *The Brexit deal and UK fisheries-has reality matched the rhetoric*, in *Maritime Studies*, 2022, p. 1 ss.

<sup>24</sup> Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 5 aprile 2022 sul futuro della pesca nella Manica, nel Mare del Nord, nel Mare d'Irlanda e nell'Oceano Atlantico alla luce del recesso del Regno Unito dall'UE*, 5 aprile 2022, P9\_TA(2022)0103, in [www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0103\\_IT.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0103_IT.html).

<sup>25</sup> Cfr. la Relazione della Commissione, *Verso una pesca*, 2022, cit., par. 2.



Resta ancora da sottolineare che è stato finalmente raggiunto un accordo fra l'Unione e la Norvegia per l'accesso alle quote di taluni stock nelle acque circostanti le isole Svalbard e il Mare di Barents: difatti, il contenzioso che si era aperto, sempre a seguito del recesso del Regno Unito, in ordine alla suddivisione di quote in precedenza assegnate all'Unione, ha trovato una composizione che assicura alle flotte europee l'accesso alla pesca in questi spazi marini e rafforza la “cooperation on measures in relation to fisheries in Northeast Arctic, ensuring sustainable fishing”<sup>26</sup>.

Il monitoraggio racchiuso nella Relazione rappresenta dunque la *linea di base* su cui elaborare le proposte della Commissione per l'adozione dei regolamenti sulle possibilità di pesca per il 2023 anche rispetto a tali stock – acquisiti i pareri scientifici e conclusi i negoziati con le Parti cointeressate alla gestione delle risorse condivise<sup>27</sup> – in un difficile percorso che salvaguardi la sostenibilità delle risorse e la tenuta economica del settore, senza tralasciare le esigenze di protezione degli ecosistemi marini<sup>28</sup>.

#### 4. *Verso la relazione della Commissione sul funzionamento della politica comune della pesca*

Come anticipato, l'anno in corso racchiude un appuntamento importante per la materia qui di interesse. La comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio riguardante il funzionamento della politica comune della pesca, attesa per dicembre, è finalizzata ad aprire il confronto in seno alle istituzioni sulla tenuta e sull'adeguatezza di una disciplina che si è consolidata nel decennio ormai trascorso dall'adozione del regolamento di base del 2013.

Il Parlamento europeo, per parte sua, ha aperto una consultazione pubblica sul Rapporto “The state of play in the implementation of the

<sup>26</sup> European Commission Fisheries: *Eu and Norway strengthen cooperation for sustainable fishing in the Northeast Arctic*, in [ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_2722](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_2722); cfr. inoltre *Ad-hoc exploratory consultations in relation to the fisheries in ICES areas 1 and 2*, in [www.regjeringen.no/contentassets/70a18c8e8d7542558dbffdc76e95ca55/ad-hoc-exploratory-consultations-in-relation-to-the-fisheries-in-ices-areas-1-and-2.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/70a18c8e8d7542558dbffdc76e95ca55/ad-hoc-exploratory-consultations-in-relation-to-the-fisheries-in-ices-areas-1-and-2.pdf).

<sup>27</sup> Sullo stato degli accordi conclusi dall'Unione relativamente alle risorse condivise v. [oceans-and-fisheries.ec.europa.eu/fisheries/international-agreements/northern-agreements\\_en#bilateral-agreements](https://oceans-and-fisheries.ec.europa.eu/fisheries/international-agreements/northern-agreements_en#bilateral-agreements).

<sup>28</sup> Si veda sul punto, S. VILLANI, *op. cit.*, spec. par. 3.

Common Fisheries Policy and future perspectives”<sup>29</sup>, elaborato dalla Commissione per la pesca, il cui esito evidenzia il convincimento di molti partecipanti che, sebbene la disciplina relativa alla politica comune della pesca “remains a good framework for fisheries management”, nondimeno essa difetti di “adequate implementation, control and enforcement”<sup>30</sup>. Il risultato della consultazione attesta, quindi, l’urgenza non già di riformare il regolamento di base quanto di assicurare la piena attuazione della disciplina, specie per quanto riguarda il rispetto dell’obbligo di sbarco e il controllo sulle attività di pesca delle flotte dell’Unione<sup>31</sup>. In quest’ottica, è il sistema di controllo sul rispetto della politica comune della pesca a richiedere l’intervento di revisione volto ad assicurarne l’efficacia, in coerenza con i principi del regolamento di base.

Purtuttavia, il futuro della politica comune coinvolge ulteriori profili che impongono un’approfondita riflessione da parte dell’Unione. Dagli esiti della consultazione emerge soprattutto l’importanza di intensificare, specie sotto il profilo della raccolta sistematica di dati, l’attenzione per la pesca non commerciale – si fa riferimento alla pesca ricreativa, nelle sue varie accezioni – e di assicurare la piena attuazione della disciplina relativa alle scelte operate dagli Stati membri per l’assegnazione delle possibilità di pesca secondo quanto dispone l’art. 17 del regolamento di base<sup>32</sup>. E proprio in relazione a quest’ultimo profilo, si segnala la recente risoluzione approvata dal Parlamento europeo il 7 giugno 2022 “On the implementation of Article 17 of the Common Fisheries Policy Regulation”<sup>33</sup>, sulla scorta del Rapporto elaborato dalla Commissione per la pesca<sup>34</sup>.

La risoluzione indica, in particolare, la necessità di acquisire dati sulla pesca ricreativa e sollecita la Commissione ad acquisire informazioni sui criteri utilizzati dagli Stati membri nell’assegnazione delle quote, al fine di valutarne l’aderenza alle previsioni contenute nel regolamento di base.

<sup>29</sup> Cfr. [www.europarl.europa.eu/committees/en/hearing-on-state-of-play-in-the-implemen/product-details/20220304CHE09987](http://www.europarl.europa.eu/committees/en/hearing-on-state-of-play-in-the-implemen/product-details/20220304CHE09987).

<sup>30</sup> EEA, cit.

<sup>31</sup> Cfr. *NGOs urge European Parliament to push for full implementation of Common Fisheries Policy instead of considering reform*, in [seas-at-risk.org/press-releases/ngos-urge-european-parliament-to-push-for-full-implementation-of-common-fisheries-policy-instead-of-considering-reform/](https://seas-at-risk.org/press-releases/ngos-urge-european-parliament-to-push-for-full-implementation-of-common-fisheries-policy-instead-of-considering-reform/).

<sup>32</sup> L’assegnazione delle possibilità di pesca è disciplinata nel reg. 1380/2013, art. 17, su cui v. la sentenza del 12 luglio 2018, causa C-540/16, *Spika*.

<sup>33</sup> In [www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0226\\_EN.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0226_EN.html).

<sup>34</sup> In [www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0152\\_EN.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0152_EN.html).

L'art. 17, infatti, non solo prevede l'utilizzo di criteri "trasparenti e oggettivi anche di tipo ambientale, sociale ed economico", che si basano sui livelli storici di cattura, ma predica anche il ricorso a scelte che considerino "l'impatto della pesca sull'ambiente, i precedenti in termini di conformità, il contributo all'economia locale", riconoscendo altresì agli Stati membri la possibilità di "prevedere incentivi per i pescherecci che impiegano attrezzi da pesca selettivi o che utilizzano tecniche di pesca caratterizzate da un ridotto impatto ambientale quali un minor consumo energetico o danni agli habitat più contenuti".

La risoluzione del Parlamento europeo offre, sul punto, un importante contributo ponendo in evidenza come solo pochi Stati membri abbiano apportato modifiche nei sistemi di assegnazione delle quote coerenti con i criteri indicati, privilegiando il mantenimento del criterio che si basa su "diritti storici". Ma, ancorché tale scelta abbia l'indubbio vantaggio di assicurare "un certo livello di stabilità economica nel settore della pesca" che può permettere "agli operatori di innovare e adottare tecniche più sostenibili", nondimeno essa può contribuire "a rafforzare tendenze come la concentrazione economica in tale settore, che falsano la concorrenza, erigono barriere per i nuovi operatori e rendono inappetibile il settore per i nuovi giovani pescatori". E proprio per incentivare i pescatori che attuano pratiche di pesca a ridotto impatto ambientale e per favorire "eque opportunità a tutti i pescatori, compresi i pescatori su piccola scala", il Parlamento europeo non manca di incoraggiare gli Stati membri "a garantire adeguatamente un'equa distribuzione delle quote tra i diversi segmenti di flotta, tenendo conto delle esigenze di tutti i pescatori"<sup>35</sup>. Al contempo, il Parlamento europeo sollecita la Commissione ad analizzare "nella sua prossima relazione sul funzionamento della politica comune della pesca l'attuazione dell'articolo 17 del regolamento sulla PCP da parte degli Stati membri e a presentare proposte su come migliorarla"<sup>36</sup>.

Sono molti e rilevanti i profili su cui la Commissione è chiamata ad esprimersi nel dialogo con le istituzioni sul funzionamento di una politica comune che vede l'Unione europea impegnata nella gestione di una competenza che gli Stati le assegnano in via esclusiva, ma sulla quale rimane cruciale l'intervento dei singoli ordinamenti nazionali. Un ruolo sempre

<sup>35</sup> Le citazioni riportate sono tratte dalla risoluzione del Parlamento europeo, del 7 giugno 2022, On the implementation of Article 17 of the Common Fisheries Policy Regulation, punto 21.

<sup>36</sup> *Ibidem*, punto 26.

più cruciale degli Stati membri che è destinato ad accrescere davanti alle sfide che attendono la politica comune, sfide raccolte ed indicate, nel corso dell'ultimo quasi decennio successivo all'emanazione del regolamento di base del 2013, in atti di *soft law* delle istituzioni che hanno "preparato", denunciando di volta in volta le criticità del quadro normativo vigente, la strada della relazione della Commissione sul funzionamento della politica comune della pesca attesa per fine anno.

Quest'ultima relazione, allora, altro non rappresenta che il prologo di un possibile futuro intervento del legislatore dell'Unione in una materia che – lungi dal sottovalutarne l'importanza sotto il profilo economico, politico e naturalmente giuridico – è chiamata a dare il suo contributo agli obiettivi si tentano di perseguire a livello sovranazionale. Una gestione concertata delle risorse ittiche incrocia, infatti, diversi orizzonti tracciati dall'Unione, dalla sostenibilità del settore della pesca alla tutela delle risorse biologiche marine e degli ecosistemi. È in questa prospettiva che la Commissione è chiamata a favorire la riflessione sul futuro della politica della pesca con l'auspicio che ad essa segua un cambio di passo imposto dalla realtà.



## UNIONE EUROPEA E PREPARAZIONE GIURIDICO-SANITARIA: DUE PASSI AVANTI E UNO INDIETRO?

**Michele Migliori\***

SOMMARIO: 1. Alla riscoperta del ruolo centrale che il diritto può e deve svolgere nella lotta alle emergenze sanitarie, presenti e future. – 2. Verso un riconoscimento formale della preparazione giuridico-sanitaria nell'Unione europea? – 3. *Segue*: la riforma della decisione 1082/2013 e l'istituzione di HERA: il primo e storico tentativo di "federalizzazione della salute". – 4. Una prima analisi degli interventi e dello *status quo* risultante. – 5. L'accordo del dicembre del 2021: l'antitesi conservatrice del Consiglio. – 6. Da dove veniamo? Chi siamo? Dove andiamo? Le prospettive offerte dalla Conferenza sul Futuro dell'Unione europea.

1. *Alla riscoperta del ruolo centrale che il diritto può e deve svolgere nella lotta alle emergenze sanitarie, presenti e future*

All'esito della fase più complessa della crisi da Covid-19, la Commissione europea ha immediatamente posto al centro della propria agenda politica l'elaborazione di un pacchetto di riforme che implementasse quella che a livello globale viene chiamata *Legal Health Preparedness*<sup>1</sup>, e che in italiano pare corretto tradurre con preparazione giuridico-sanitaria, con l'auspicio di risolvere, *pro-futuro*, una serie di errori e problematiche emerse proprio nel corso dell'emergenza. Non si possono infatti tacere le difficoltà che l'UE ha affrontato nel tentativo di condurre a sintesi le varie azioni intraprese dagli Stati membri per arginare la crisi<sup>2</sup>. Non è questa la sede per enumerarle, né sarebbe opportuno; interessa, invece, insistere sulla mancanza di un quadro organico di riferimento.

\* Cultore della materia (IUS/14), Dipartimento di Legal Studies, Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

<sup>1</sup> Per un inquadramento della questione, cfr. A. MOULTON, R. GOTTFRIED, R. GOODMAN, A. MURPHY, R. RAWSON, *What is public health legal preparedness?*, in *Journal of Law Medicine & Ethics*, 2003, p. 110 ss.

<sup>2</sup> A questo proposito si veda: A. ALEMANNI, *The European Response to COVID-19: From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination?*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, p. 308 ss.

In tal senso, basti qui ricordare le differenze riscontrate da Paese a Paese prima nella raccolta, poi nella gestione, interpretazione e comunicazione dei dati riguardanti ricoveri, contagi e decessi; la disorganicità con la quale gli Stati membri hanno adottato, in diverse fasi della pandemia, le misure di contenimento del contagio; il blocco delle esportazioni di materiale sanitario utile, seguito al collasso delle catene di approvvigionamento. Tali problematiche non sono nuove, poiché già sperimentate — ancorché con *magnitudo* differente — durante la crisi dovuta al contagio da SARS<sup>3</sup>. Tuttavia, per rispondere in maniera efficiente ed efficace a simili minacce occorre una *governance* europea in grado di elaborare modelli adeguati alla gestione di situazioni complesse, con importanti poteri di coordinamento e intervento. La crisi da Coronavirus ha infatti reso lampante quanto, nella società contemporanea, l'interdipendenza tra individui e culture anche molto distanti geograficamente sia un dato di fatto. La consapevolezza di questa forte interconnessione globale deve auspicabilmente costituire la base di partenza di un ragionamento che porti allo sviluppo — e alla condivisione allargata anche e soprattutto ai Paesi meno sviluppati<sup>4</sup> — di modelli normativi di implementazione della preparazione e della risposta alle malattie diffuse. Il rafforzamento della *Legal Health Preparedness* (concetto, è importante sottolinearlo, di cui non esiste una definizione universalmente accettata) è un tema dibattuto, riportato al centro dell'attenzione dalla pandemia, ma da tempo sotto i riflettori della comunità internazionale, studiato e sviscerato nelle sue numerose sfaccettature soprattutto da parte di quei Paesi che vissero più da vicino le crisi dovute alla diffusione dei virus SARS ed Ebola; questi approfondimenti hanno portato in luce l'ampia trasversalità degli ambiti, apparentemente lontani, che questa materia abbraccia e sui quali incide.

È bene sottolineare che la preparazione giuridico-sanitaria, infatti, solo in parte coincide con il rafforzamento della risposta alle crisi epidemiche, comprendendo anche una serie di passaggi preliminari senza i quali è impossibile uscire dalla visione “emergenziale” della gestione degli eventi e

<sup>3</sup> Sul tema, cfr. L. GOSTIN, O. LAWRENCE, W. JASON, S. VERNIK, P. STEPHEN, *SARS and International Legal Preparedness*, in *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 2004, p. 155 ss. Consultabile al seguente link: [scholarship.law.georgetown.edu/facpub/357](http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/357).

<sup>4</sup> Sulla necessità di costruire un sistema di *Global Health Law* a partire proprio dai Paesi meno sviluppati, si rimanda a: L. GOSTIN, *Reimagining Global Health Governance in the Age of COVID-19*, in *American Journal of Public Health*, 2020, p. 1605 ss.

senza i quali, dunque, non è possibile passare alla fase di governo degli stessi. Il buon governo delle crisi sanitarie si costruisce anzitutto su un modello di *governance* che sappia fare sintesi delle sollecitazioni provenienti dalle varie istituzioni coinvolte, sulla messa in sicurezza delle catene di approvvigionamento, sull'elaborazione di una strategia industriale farmaceutica che ambisca all'autosufficienza e sulla costruzione di sistemi informativi della salute comuni (*Health Information Systems – HIS*) che in ipotesi non emergenziali contribuiscano al miglioramento e rafforzamento dei sistemi sanitari, fornendo invece la base scientifico-razionale all'adozione di risposte rapide in caso di crisi (*risk-communication*). Quest'ultimo punto è fondamentale, poiché l'adozione di misure restrittive e incisive su molteplici libertà del singolo ha determinato, in alcuni casi non troppo isolati, una fisiologica diminuzione della fiducia dei cittadini verso le istituzioni, sia europee che nazionali. La comunicazione di informazioni chiare e precise riguardo l'emergenza e i rischi, soprattutto quando lo Stato utilizza poteri *extra ordinem*, è fondamentale non solo ai fini della lotta alle *fake news*, ma anche, in ottica generale, per rendere il cittadino consapevole dei passaggi che hanno portato all'adozione di misure restrittive, ostacolando così il fenomeno della disinformazione e dunque della progressiva mancanza di fiducia verso le istituzioni<sup>5</sup>. La piena trasparenza delle ragioni che determinano la limitazione dei diritti e le libertà fondamentali dei singoli consente, in ultima istanza, di legittimare l'azione volta al contrasto di una crisi sanitaria ed evitare un esercizio arbitrario del potere pubblico.

L'adozione e la buona comunicazione di misure restrittive che siano e efficaci e basate su verità scientifiche, presuppone l'esistenza di una struttura già rodada che si occupi del rapido scambio di informazioni tra i diversi attori coinvolti (mondo della ricerca, Governo, strutture sanitarie pubbliche e private). Appare evidente che la costruzione di un siffatto sistema, trasversale e complesso, non possa avvenire in fase di emergenza, ma che, al contrario, la sua messa a punto debba essere rimessa a politiche di sanità pubblica lungimiranti e inclusive rispetto a tutti gli attori coinvolti<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> A proposito di questo fenomeno, si rimanda all'analisi riguardo la risposta all'epidemia di ebola del 2014: L. GOSTIN, *Strengthening the Detection of and Early Response to Public Health Emergencies: Lessons from the West African Ebola Epidemic*, in *PLOS Medicine Journal*, 2015, p. 1 ss.

<sup>6</sup> La messa a punto di un tale sistema appare tuttora *in fieri*, per approfondimenti si rimanda a: S. ORESKOVIC, *Is HERA a panacea for making the European Health Union a reality?*, in *Croatian Medical Journal*, 2021, p. 539 ss.



2. *Verso un riconoscimento formale della preparazione giuridico-sanitaria nell'Unione europea?*

Se dunque intendiamo la *Legal Preparedness* non solo come l'insieme delle "buone pratiche" (normative) di risposta messe in campo in caso di *Public Health Emergency* (PHE), ma come una materia complessa che abbraccia l'intera organizzazione dei sistemi sanitari e delle loro componenti in tempi ordinari, allora appare logico che l'Unione europea concentri i suoi sforzi anche su due tematiche che la pandemia si è limitata a portare in rilievo: la mancanza di sistemi informativi integrati e la difficoltà nel reperire tempestivamente farmaci e attrezzature mediche, specie nella fase iniziale dell'emergenza Covid-19. A ben vedere, la mancanza di autosufficienza produttiva e la strutturale dipendenza da catene di approvvigionamento di cui l'UE non ha il controllo hanno anche importanti implicazioni geopolitiche. Secondo i dati forniti dalla Commissione per l'ambiente, la sanità pubblica e la sicurezza alimentare del Parlamento europeo, il 40% dei medicinali finiti commercializzati nell'UE proviene da Paesi terzi, mentre il 60-80% dei principi attivi viene prodotto da Cina e India.<sup>7</sup> Riconquistare l'autosufficienza e dunque l'indipendenza in materia farmaceutica e sanitaria rappresenta per l'Unione un obiettivo fondamentale non solo al fine di implementare la *Legal Preparedness*, ma anche in una visione geo-strategica dei rapporti. La pandemia ha reso evidente quanto sia fondamentale diversificare le catene di approvvigionamento e promuovere lo sviluppo di un ecosistema industriale europeo, attraente, competitivo, autosufficiente, che crei buona occupazione<sup>8</sup> e garantisca allo stesso tempo l'accessibilità economica di attrezzature sanitarie e farmaci sviluppati secondo criteri di alta qualità. Riconsegnare centralità all'Europa da un punto di vista geopolitico, in ultima analisi, significa rivendicare con forza gli elevati standard di qualità e delle merci e delle condizioni lavorative alle quali esse vengono prodotte; nella sostanza si tratta di rivendicare e sviluppare il modello del "Made in Europe"<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Relazione della Commissione ENVI, dell'8 novembre 2021, riguardo la strategia farmaceutica per l'Europa (2021/2013(INI)).

<sup>8</sup> *Ibidem*: nell'anno 2019 i produttori di farmaci in UE hanno contribuito alla ricerca con 37 MLD di euro, creando 800.000 posti di lavoro diretti e un numero ancora superiore di posti di lavoro indiretti; tuttavia, non esiste un dato aggregato UE circa l'impatto complessivo dei finanziamenti pubblici alle case farmaceutiche.

<sup>9</sup> *Ibidem*, punto 33.

Per quanto riguarda il primo tema, ossia la mancanza di sistemi informativi integrati, una delle più gravi mancanze nel quadro della risposta europea alla crisi si è manifestata nel campo della raccolta e condivisione dei dati tra Stati membri. La costruzione di sistemi informativi interoperabili non è una tematica nuova. L'efficientamento dello scambio di dati e informazioni era al centro del dibattito già nel 1998, anno in cui venne adottata la decisione 2119/98/CE<sup>10</sup>; la centralità di questo tema ha portato poi all'adozione della decisione 1082/2013 e viene oggi resa ancora più evidente dalla crisi pandemica e dalla coerenza di un processo più generale e trasversale, sul quale l'Unione continua a indugiare a causa della mancanza di un approccio comune da parte degli Stati membri, ossia la digitalizzazione dei servizi, anche in ambito sanitario<sup>11</sup>.

L'incentivazione della preparazione giuridica alle crisi impone all'Unione europea di sopperire a questa grave mancanza attraverso la messa a punto di sistemi integrati che consentano all'Unione di avere rapidamente un quadro chiaro delle disponibilità dei vari Paesi in termini di forniture (ad esempio, strutture mobili, respiratori, tamponi, reagenti, farmaci). Tuttavia, ai fini del raggiungimento dell'interoperabilità tra i sistemi informativi nazionali, è necessario affrontare una questione preliminare, ovvero lo sblocco del valore stesso dei dati: è impossibile raggiungere l'interoperabilità dei sistemi quando i dati che questi contengono sono raccolti con standard differenti, con differenti unità di misura e tramite l'utilizzo di definizioni autonome (i.e. non comuni). L'interoperabilità dei sistemi, quindi, non presenta alcun valore aggiunto senza la condivisione di indicatori e *benchmark* che rendano i dati raccolti da uno stato membro comprensibili, comparabili e, dunque, (pienamente) processabili anche da parte di tutti gli altri. Il compimento di questo passaggio preliminare è fondamentale, poiché la digitalizzazione dei servizi, nel quadro

<sup>10</sup> La decisione del 1998 venne adottata essenzialmente per rispondere a tre esigenze ben individuate, la cui cura si è tuttavia ripresentata nel corso dei decenni successivi (in ultimo a seguito della pandemia da *Covid-19*): garantire la sorveglianza epidemiologica, favorendo lo scambio di informazioni e un costante dialogo tra gli Stati e la Commissione europea, assicurare la consultazione e lo scambio di informazioni preventivamente all'adozione delle misure e la costruzione del sistema di allerta e risposta rapida (SARR).

<sup>11</sup> I motivi degli indugi dell'Unione europea su questi temi sono dovuti a forti e, per certi versi, comprensibili perplessità degli Stati membri, i quali sono restii a cedere sovranità in un campo come quello della digitalizzazione, il quale rappresenta il futuro della gestione dei servizi e abbraccia importanti questioni come quella relativa alla tutela dei dati e della *privacy* degli utenti.

dell'Unione, è un processo che deve essere “comune e comunitario” sin da subito per poter funzionare: qualora i Paesi membri non muovessero dalla stessa base di partenza, il rischio sarebbe quello di avere dati digitalizzati e raccolti con strumentazioni tecnologicamente all'avanguardia, ma custoditi in “silos” nazionali utilizzabili e intelligibili solo dal singolo Stato (e forse nemmeno all'interno dello stesso), con la conseguente impossibilità di elaborare una normativa comune in merito al loro utilizzo.

Innanzitutto alle numerose problematiche sopra tratteggiate, l'Unione europea ha quindi preso coscienza della necessità di prepararsi dal punto di vista normativo e, per la prima volta, ha manifestato la volontà di consegnare ai cittadini europei un quadro di riferimento chiaro e organico in materia di salute. Nel merito, una prima difficoltà è sicuramente costituita dalle limitate competenze di cui gode l'Unione in ambito sanitario<sup>12</sup>. Senza doversi soffermare sulle rilevanti disposizioni di diritto primario e derivato, sia qui sufficiente ricordare che i trattati assegnano all'Unione un ruolo strutturalmente subalterno rispetto agli Stati, i quali mantengono la responsabilità sulla gestione dei servizi sanitari e sull'assegnazione delle risorse a ciò destinate<sup>13</sup>. Quali sono, dunque, le innovazioni possibili sotto il profilo organizzativo e sostanziale? In altri termini, è realmente possibile, *sic stantibus rebus*, creare una *governance* europea efficiente ed efficace nel rispondere alle pandemie del futuro? Alla luce dei lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa, è davvero necessaria una revisione dei Trattati? In caso di risposta affermativa, quali modifiche sarebbero necessarie? E, infine, quale potrebbe essere il valore aggiunto di un simile intervento?

Ma prima di rispondere a tali quesiti, conviene insistere sugli interventi di tipo istituzionale realizzati durante la crisi pandemica, anche per verificare se ed in quale misura il concetto di *Legal Preparedness* sia emerso nel dibattito europeo.

Nel prosieguo si tenterà quindi di analizzare le iniziative assunte dalla Commissione europea e dal Consiglio dell'Unione, presentate come il cammino verso la “federalizzazione della salute”. Ebbene, nonostante i numerosi interventi, l'impressione è che la risposta, delle istituzioni e degli Stati membri, sia stata scomposta e poco soddisfacente.

<sup>12</sup> G. DI FEDERICO, S. NEGRI, *Unione europea e salute. Principi, azioni, diritti e standard qualitativi*, Padova, 2020, p. 110 ss.

<sup>13</sup> Basti qui ricordare il dettato dell'art. 168, comma 7, TFUE: “L'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica [...]”.

3. *Segue: la riforma della decisione 1082/2013 e l'istituzione di HERA: il primo e storico tentativo di "federalizzazione della salute"*

Com'è noto, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e le modifiche apportate all'allora art 152 (oggi 168, par. 5, TFUE) è stata introdotta la decisione 1082/2013, ossia la normativa di riferimento per la gestione delle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, a suo tempo elaborata proprio al fine di superare i limiti di cui alla decisione 2119/98/CE<sup>14</sup>. A seguito della crisi pandemica – nell'ambito del più ampio processo di costituzione di una Unione europea della Salute – l'11 novembre 2020 la Commissione europea ha presentato, tramite una proposta di regolamento, la riforma della decisione 1082/2013/UE.

La riforma della menzionata decisione relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e l'istituzione della *European Health Emergency Preparedness and Response Authority* (HERA)<sup>15</sup> sono particolarmente indicative delle tensioni tra la visione accentratrice della Commissione europea e quella decentrata degli Stati membri.

La proposta è stata presentata muovendo dalla consapevolezza che la decisione 1082/2013 offre un quadro giuridico limitato e con l'auspicio di integrarvi gli insegnamenti dell'era Covid, velocizzando così la risposta alle crisi e incentivando la solidarietà tra Stati membri<sup>16</sup>.

Il nuovo testo, da un lato, conferma una serie di disposizioni e indirizzi già contenuti nella normativa precedente; dall'altro lato, introduce nuovi profili riguardanti, *inter alia*, lo *European Centre for Disease Prevention and Control* (ECDC), il *Comitato per la Sicurezza Sanitaria* (CSS) e il ruolo della Commissione. Il proposito alla base della proposta in oggetto pare essere quello di centralizzare quanto più possibile, a livello di Unione, il controllo

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> COM (2020) 727 final dell'11 novembre 2020, "Unione europea della Salute, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e che abroga la decisione n. 1082/2013/UE". Il pacchetto comprende la revisione della decisione 1082/2013, tramite un regolamento contenente misure circa il rafforzamento del ruolo dello *European Centre for Disease Prevention and Control* (ECDC) e della *European Medicines Agency* (EMA), la revisione delle disposizioni riguardo gli appalti congiunti e la sorveglianza epidemiologica, nonché la creazione di una Autorità per la preparazione e la risposta alle emergenze sanitarie (HERA), ispirata al modello dell'Agenzia americana BARDA.

<sup>16</sup> COM (2020) 727 final, dell'11 novembre 2020, *Contesto della proposta, motivi e obiettivi della proposta*.

su una serie di decisioni ed indirizzi ad oggi appannaggio degli Stati, valorizzando così il ruolo dell'UE e degli attori coinvolti, uno su tutti l'ECDC. A questa esigenza sembra rispondere l'elaborazione del nuovo Piano europeo di preparazione e risposta, integrativo rispetto ai nuovi Piani nazionali previsti dallo stesso regolamento<sup>17</sup>, sulla cui attuazione gli Stati dovranno relazionare all'Unione ogni due anni. Il profilo più innovativo consiste nel fatto che è la stessa normativa europea a stabilire il contenuto essenziale della relazione degli Stati: elementi di *Legal Preparedness* (*governance*, capacità e risorse) e informazioni riguardo la materiale attuazione dei Piani nazionali e locali, qualora questi ultimi si rivelino necessari alla luce della struttura in cui si articolano i servizi sanitari nazionali. Come anticipato, l'organismo maggiormente valorizzato dalla riforma è l'ECDC, destinatario di una serie di nuove informazioni comunicate dagli Stati, al quale viene inoltre affidato il coordinamento della neonata rete di "laboratori di riferimento dell'UE", responsabili della promozione dell'allineamento degli Stati in materia di *testing*, notifica e segnalazione<sup>18</sup>. Tuttavia, anche in questo caso, si potrebbe parlare di occasione persa, poiché non si interviene sui punti nodali del problema; infatti, il testo non prevede una standardizzazione dei parametri in fase di raccolta dei dati, né meccanismi automatici di raccolta centralizzata degli stessi, rimane onere degli Stati garantire che il sistema sia regolarmente alimentato con informazioni utili<sup>19</sup>.

Nell'ottica di aggiornare la normativa, informandola agli insegnamenti appresi durante la pandemia, vengono modificate le norme riguardanti gli appalti congiunti per l'acquisto di contromisure mediche; in tale ottica, la procedura viene resa accessibile anche agli Stati membri dell'EFTA (Associazione europea di libero scambio) e, al fine di evitare negoziazioni parallele – nel tentativo di incentivare la solidarietà – i partecipanti alla procedura vengono subordinati al vincolo di esclusività della contrattazione.

Novità interessante che, a parere di chi scrive, fa ben trasparire il summenzionato proposito ispiratore del testo, è la creazione del *Comitato consultivo per le emergenze di sanità pubblica*, presieduto dalla Commissio-

<sup>17</sup> *Ibidem*, artt. 5 e 6.

<sup>18</sup> Si parla di "neonata" rete di laboratori UE con riferimento a quella istituita dalla normativa in commento. Le prime reti di laboratori UE vennero istituite con il regolamento 625/2017, consultabile al seguente link: [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R0625&from=IT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R0625&from=IT)

<sup>19</sup> *Ibidem*, art. 15.

ne e partecipato da esperti indipendenti da questa nominati<sup>20</sup>. Il rischio di una sovrapposizione con l'attività del CSS appare evidente. L'unica palese differenza è costituita dalla formazione dei due consessi: mentre il CSS è composto da rappresentanti degli Stati, il neonato Comitato è espressione unica della Commissione europea, rilievo da cui è possibile immaginare che dietro la sua genesi vi siano esigenze di accentramento dei poteri più che la reale necessità di affiancare al CSS un ulteriore consesso.

La medesima logica accentratrice, invero, è rinvenibile nella creazione di HERA. La costruzione dell'Unione europea della Salute si è articolata, sin dalle fasi preliminari, a partire dalla convinzione che fosse necessario un organismo competente in materia di preparazione e pianificazione della risposta alle crisi<sup>21</sup>. Su questi presupposti la Commissione europea ha presentato HERA, un'Autorità (non un'Agenzia)<sup>22</sup> istituita il 16 settembre 2021 ed attiva dal gennaio 2022<sup>23</sup>. La Commissione ha incardinato HERA presso le proprie strutture con l'obiettivo, dichiarato, di ridurre quanto più possibile i tempi della sua entrata in funzione; il nuovo ente avrà un assetto 'a struttura variabile'<sup>24</sup> e un amplissimo bilancio di ben circa sei miliardi di euro per il periodo 2022-2027<sup>25</sup>.

La scelta di "interiorizzare" HERA (*vis à vis* la creazione di una Agenzia) e l'organigramma contemplato<sup>26</sup>, fonte di scontri in seno al Consiglio dell'Unione, testimoniano la visione accentratrice della Commissione; una visione non condivisa dagli Stati membri<sup>27</sup>. All'autorità vengono assegnate

<sup>20</sup> Il Comitato ha la funzione di riconoscere formalmente un'emergenza sanitaria e di fornire pareri e indicazioni riguardo la risposta, potendo rilevare lacune e raccomandare misure strategiche per attenuare le conseguenze della crisi.

<sup>21</sup> COM (2020) 724 final, dell'11 novembre 2020, "Costruire un'Unione europea della salute: rafforzare la resilienza dell'UE alle minacce per la salute a carattere transfrontaliero".

<sup>22</sup> Nell'esercizio delle sue funzioni un'autorità gode di un'indipendenza molto minore rispetto a un'Agenzia. Nella fattispecie, infatti, HERA è istituita presso le strutture della Commissione europea.

<sup>23</sup> Decisione 2021/6712 della Commissione europea, del 16 settembre 2021, consultabile al seguente link: [ec.europa.eu/health/publications/commission-decision-establishing-health-emergency-preparedness-and-response-authority-hera\\_it](https://ec.europa.eu/health/publications/commission-decision-establishing-health-emergency-preparedness-and-response-authority-hera_it).

<sup>24</sup> *Ibidem*, art. 8.

<sup>25</sup> L'operato di HERA sarà sottoposto a revisione nel 2025.

<sup>26</sup> HERA è dotata di un responsabile e di un vice-responsabile nominati dalla Commissione stessa e di un Comitato di crisi di cui farà parte un rappresentante per ogni stato membro, in aggiunta a ben quattro commissari europei.

<sup>27</sup> Il 7 dicembre 2021 si è riunito il Consiglio dell'Unione dei Ministri della Salute, in questa sede il Ministro olandese Hugo De Jonge, tra gli altri, ha affermato che il coinvolgi-

diverse funzioni, tutte afferenti all'implementazione dei molteplici aspetti riguardanti il comparto sanitario e farmaceutico, suddivise dalla stessa decisione istitutrice in due momenti: la fase di preparazione e la fase di crisi.

Per quanto riguarda la fase di preparazione, HERA si concentrerà essenzialmente su due aspetti principali, ossia la valutazione delle minacce sanitarie e il rafforzamento dell'autonomia strategica, della resilienza industriale e della sicurezza degli approvvigionamenti. L'Autorità si occuperà anzitutto di promuovere la ricerca e lo sviluppo in materia di vaccini e contromisure mediche tramite reti europee di sperimentazione, sposando un approccio trasversale da più parti ritenuto doveroso<sup>28</sup>, in grado cioè di tenere unite Agenzie UE competenti in materia come EMA, Stati membri e *stakeholders* privati; a questi fini - è bene puntualizzarlo - l'Autorità si baserà su progetti già avviati, quali VACCELERATE<sup>29</sup> e il polo tematico "Salute" di Orizzonte Europa<sup>30</sup>.

La costruzione di un rapporto collaborativo e costruttivo con il mondo dell'impresa<sup>31</sup> è un tema centrale anche per ciò che riguarda la garanzia degli approvvigionamenti. A tal proposito, la decisione evidenzia la necessità di favorire i partenariati per l'innovazione, strumento che permette la realizzazione di un rapporto collaborativo potenzialmente fecondo tra acquirente pubblico e *partner* economico e consente la diversificazione delle catene di approvvigionamento, costituendo scorte e riserve strategiche. Si tratta, in sostanza, di una struttura di *risk-management* che attraverso una mappatura dei siti e delle disponibilità, sia in grado di allocare al meglio le risorse in tempi di emergenza.

Benché in grado di aumentare le capacità di risposta in caso di crisi sanitarie, talune criticità risultano essere rimaste inevase. Il primo luogo, lo

mento degli Stati nella nuova Agenzia è troppo residuale e che Stati e Commissione dovrebbero agire sullo stesso piano.

<sup>28</sup> G. BARCELLONA, *Global Health Law. Lineamenti di diritto sanitario internazionale e sistemi sanitari comparati*, Rimini, 2020, p. 34 ss.

<sup>29</sup> Maggiori informazioni possono essere consultate al seguente link: [vaccelerate.eu](http://vaccelerate.eu).

<sup>30</sup> Per approfondimenti si consiglia di visitare il portale della Commissione europea, al seguente link: [ec.europa.eu/info/funding-tenders/find-funding/eu-funding-programmes/horizon-europe\\_it](http://ec.europa.eu/info/funding-tenders/find-funding/eu-funding-programmes/horizon-europe_it).

<sup>31</sup> Su questo, si veda l'intervento di Iskra Reic, Vicepresidente esecutivo di Astrazeneca per l'Europa e il Canada, alla conferenza organizzata da Euractiv: "*Lesson from Covid-19, how can we make our health systems more resilient?*", che è possibile rintracciare al seguente link: [events.euractiv.com/event/info/lessons-from-covid-19-how-can-we-make-our-health-systems-more-resilient?\\_ga=2.143191281.554473281.1651756209-622449769.1649078794](https://events.euractiv.com/event/info/lessons-from-covid-19-how-can-we-make-our-health-systems-more-resilient?_ga=2.143191281.554473281.1651756209-622449769.1649078794).

strumento degli appalti pubblici congiunti non è stato – come da più parti auspicato<sup>32</sup> – modificato per priorizzare, in fase di analisi delle proposte, il criterio di certezza dell’approvvigionamento su quello economico, ovvero per favorire le catene di produzione con sede in Paesi dell’Unione. Inoltre, non è stata – il che è tanto più grave in considerazione della centralità del rilancio del settore industriale europeo sul piano geopolitico – recepita la richiesta di includere il comparto farmaceutico nel programma di protezione delle infrastrutture critiche<sup>33</sup>, al fine di facilitare il monitoraggio degli investimenti sul comparto stesso, *a fortiori* qualora erogati da Paesi *extra* NATO<sup>34</sup>.

Infine, per quanto riguarda le competenze in fase di crisi, la decisione istitutiva si limita ad affermare che HERA mobiliterà tutte le misure messe a punto in fase preparatoria, contribuendo al rafforzamento dell’infrastruttura della sicurezza sanitaria globale. Manca, come è evidente, un qualsiasi riferimento normativo alla “fase operativa” di HERA in una futura emergenza e questa mancanza impedisce di valutare i rapporti – e le possibili (*rectius*, probabili) difficoltà – tra l’Autorità e gli altri enti coinvolti nel coordinamento della risposta.

Per ciò che riguarda uno dei primi compiti di HERA, ossia “l’individuazione delle tre potenziali minacce transfrontaliere”, in questa sede appare doveroso evidenziare il fatto che queste vengono citate sia nella comunicazione di accompagnamento alla decisione istitutiva dell’Autorità<sup>35</sup>, sia nell’”*HERA Work Plan 2022*”<sup>36</sup>, ma che in entrambi i

<sup>32</sup> Relazione della Commissione ENVI su una strategia farmaceutica per l’Europa (2021/2013(INI)), dell’8 novembre 2021, punto 65.

<sup>33</sup> Direttiva 2008/114/CE del Consiglio, dell’8 dicembre 2008, relativa all’individuazione e alla designazione delle infrastrutture critiche europee e alla valutazione della necessità di migliorarne la protezione.

<sup>34</sup> Il riferimento all’alleanza atlantica si ritiene doveroso in quanto, in mancanza di investimenti europei nel settore, altre potenze mondiali lontane dal mondo occidentale (si pensi alla Cina e all’India, ma non solo) potrebbero avere interesse a sostenere il mercato, facendosi carico di importanti stanziamenti, salvo poi trarre da questi benefici e influenza sul piano geopolitico.

<sup>35</sup> Decisione 2021/6712 della Commissione europea, del 16 settembre 2021.

<sup>36</sup> Il 10 febbraio 2022, nell’ambito del Consiglio informale dei Ministri della Salute in corso a Grenoble, la Commissaria europea alla Salute Stella Kyriakides ha presentato il primo “*HERA Work Plan*” per l’anno 2022: le previsioni di spesa per il primo anno di attività dell’Autorità ammontano a circa un miliardo e mezzo di euro, una parte del quale verrà impiegata per l’emergenza coronavirus ancora in corso (approvvigionamento vaccinale, contrasto alle varianti, fornitura di vaccini ai Paesi *extra* UE). La parte rimanente dei fondi sarà



documenti non sia offerto un approfondimento né in merito alla loro natura e denominazione né a proposito dell'*iter* che porterà alla loro neutralizzazione.

#### 4. *Una prima analisi degli interventi e dello status quo risultante*

A partire dalla breve analisi – che non ha pretese di esaustività – delle misure intraprese dalla Commissione riguardo l'implementazione della preparazione giuridico-sanitaria nel contesto europeo, è possibile trarre una serie di prime conclusioni, tenendo a mente tre criteri fondamentali utili a questo fine: il sistema delle competenze dell'Unione, il modello di *governance* e la potenziale efficacia risultanti dalle misure adottate.

La situazione venutasi a creare a seguito della crisi pandemica ha evidenziato, anche nella percezione dei cittadini, l'inadeguatezza dello *status quo* normativo in materia e ha determinato una vera e propria spinta verso un intervento dell'Unione che ambisse a garantire, *pro futuro*, la costruzione di una *governance* sovranazionale del comparto sanitario nel suo complesso, con l'obiettivo di instaurare un robusto coordinamento tra gli Stati, attivo sia innanzi a un'emergenza comune sia in fase ordinaria. La rinnovata attenzione verso il tema della salute a livello UE viene confermata dalla rilevazione effettuata nel 2021 da "*Eurobarometer: Public Opinion on the European Union*", dalla quale si evince che i cittadini europei percepiscono la creazione di una politica sanitaria comune come il principale obiettivo che l'UE dovrebbe perseguire, secondo solo alla elaborazione di standard di vita comuni a tutti i Paesi membri<sup>37</sup>. Tuttavia, come anticipato, il raggiungimento di questo auspicabile orizzonte si è scontrato con l'attuale ripartizione delle competenze in ambito di salute pubblica.

Rinviando alle conclusioni il tema della riforma dei trattati, preme qui sottolineare come già a trattati invariati la Commissione europea abbia cer-

invece destinata all'elaborazione di un sistema di intelligenza artificiale in grado di svelare in tempo reale lo stato dell'arte riguardo le emergenze di natura sanitaria, all'identificazione di tre potenziali minacce transfrontaliere entro la fine dell'anno ed infine all'individuazione di fallimenti e strozzature di mercato nelle catene di approvvigionamento in ambito internazionale, con l'auspicio di contribuire all'aumento della capacità produttiva mondiale. Il piano di azione di HERA per il 2022 può essere consultato al seguente link: [ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs\\_22\\_944](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs_22_944).

<sup>37</sup> Rilevazione di Eurobarometer 2021, consultabile al seguente link: [ec.europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2532](https://ec.europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2532).

cato di dare risposte concrete ai problemi emersi durante la pandemia. Lo ha fatto, come anticipato, attraverso il “Pacchetto Salute”, dove è possibile scorgere il disegno di fondo della Commissione; cioè accentrare nelle proprie strutture il processo decisionale, limitando il peso degli Stati all’interno degli organi già esistenti. In tal senso, costituiscono un esempio di tale approccio sia l’istituzione del *Comitato consultivo per le emergenze di sanità pubblica*, unita all’espansione delle competenze dell’ECDC, sia l’istituzione di HERA. Per ciò che riguarda quest’ultima, l’analisi deve essere condotta su due piani differenti, configurandosi HERA sia come un organismo tecnico di primo piano nella prevenzione e lotta alle future emergenze, sia come una novità nell’ambito degli equilibri politico - istituzionali.

Da un punto di vista tecnico la nuova Autorità non rappresenta una svolta, in quanto nulla aggiunge al quadro giuridico dell’Unione in ambito sanitario, manifestandosi unicamente come una versione più “concreta” di tutte le iniziative già intraprese dalla Commissione in fase pandemica<sup>38</sup>. Questo rilievo trova ulteriore conferma nel fatto che la nuova Autorità poggia le sue basi principalmente su programmi UE già avviati e risorse economiche già disponibili a prescindere dalla sua istituzione. Il modello di *governance*, all’esito di questa iniziativa, non sembra differire troppo rispetto a quello passato. Da questo punto di vista, il pacchetto presentato dalla Commissione, a parere di chi scrive, solo in parte coincide con le finalità che ne hanno ispirato l’adozione e che sono state poc’anzi analizzate<sup>39</sup>. All’orizzonte è già possibile scorgere il profilarsi di “duplicati” normativi potenzialmente forieri se non di immobilismo, sicuramente di scarso coordinamento tra le istituzioni coinvolte: la proposta di regolamento che supera la decisione 1082/2013, infatti, non chiarisce quali forme di coordinamento vi siano tra gli organi che, a vario titolo, si occuperanno di implementare la *Legal Health Preparedness* in tempi ordinari e di adottare misure emergenziali in tempi di crisi, quali il CSS, HERA, l’ECDC, EMA e il nuovo *Comitato consultivo*.

<sup>38</sup> J. DEUTSCH, *HERA is not the hero Parliament wants – or the game-changer Council fears*, in *Politico*, 2021. Consultabile al seguente link: [www.politico.eu/article/hera-eu-commission-health-emergency-preparedness-response-authority/](http://www.politico.eu/article/hera-eu-commission-health-emergency-preparedness-response-authority/).

<sup>39</sup> In questo senso, S. VILLA, R. VAN LEEUWEN, C. GRAY, M. VAN DER SANDE, F. KONRADSEN, G. FROSCHL, D. GISSLESON NORD, C. PRAZERES DA COSTA, O. RAMIREZ RUBIO, I. ABUBAKAR, T. BARNINGHAUSEN, N. CASAMITJANA, A. BERNER - RODOREDA, F. COBELENS, A. PLASENCIA, M. RAVIGLIONE, *HERA: a New Era for Health Emergency Preparedness in Europe?*, in *The Lancet*, 2021, p. 1150 ss.

Le competenze degli organismi citati sono in gran parte coincidenti<sup>40</sup> e il processo decisionale non trova un punto di sintesi a valle dei vari indirizzi, pareri e decisioni che questi possono licenziare; la scarsità di chiarezza in merito al ruolo e alle competenze di questi organismi non crea un problema solamente a livello interno, ossia un problema di *governance*, ma potrebbe determinare per l'Unione numerose difficoltà anche da un punto di vista esterno. Infatti, i rapporti con le organizzazioni e gli enti di ordine sovranazionale e internazionale, ambiti già di per sé complessi a causa dell'ampio numero di attori coinvolti, dovrebbero essere il più possibile informati ai principi di semplificazione e chiarezza in merito a ruoli, competenze e responsabilità degli interlocutori. Inoltre, come sottolineato da interventi *bipartisan*<sup>41</sup>, il Parlamento europeo è stato scarsamente coinvolto nelle attività di HERA, partecipando ai lavori attraverso un solo rappresentante, con diritto di voto limitato a questioni di bilancio.

Ciò detto, analizzata da un'altra prospettiva, la nuova Autorità rappresenta una vera e propria rivoluzione e un possibile cambio di passo per il comparto sanitario europeo da tempo atteso<sup>42</sup>. La Commissione europea, perseguendo l'obiettivo della "federalizzazione della salute", ha cercato di svincolarsi dal maggiore ostacolo che già sapeva di trovare sul cammino, cioè il metodo intergovernativo. La posizione di primazia degli Stati membri e delle loro prerogative nel quadro del processo decisionale dell'Unione determina infatti numerose difficoltà nel momento in cui è richiesto un "passo indietro" rispetto ai particolarismi statali, ancorché questi ultimi siano previsti e tutelati dai Trattati. Così, la Commissione europea, giovan-

<sup>40</sup> In particolare, ci si riferisce alla sovrapposizione tra le funzioni del CSS e del *Comitato Consultivo*.

<sup>41</sup> Interventi riguardo HERA dell'On. Peter Liese (PPE) e dell'On. Jytte Guteland (S&D), consultabili al seguente link: [www.eunews.it/2021/10/05/hera-unita-europea-anticrisi/159740](http://www.eunews.it/2021/10/05/hera-unita-europea-anticrisi/159740).

<sup>42</sup> Sulle ragioni che hanno spinto la Commissione europea a istituire HERA è utile rimandare a M. ANDERSON, R. FORMAN, E. MOSSIALOS, *Navigating the Role of the EU Health Emergency Preparedness and Response Authority (HERA) in Europe and beyond*, in *The Lancet Regional Health*, 2020, p. 1 ss. Consultabile al seguente link: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8500702/](http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8500702/). Di seguito, invece, si riporta la dichiarazione della Commissaria europea alla salute Stella Kyriakides in occasione del lancio di HERA: "After almost two years of a devastating pandemic, HERA is a symbol of the mindset shift on health policy that we should all rally behind – it is when we act together that we are stronger and able to make a real difference for the health security of our citizens". La dichiarazione integrale può essere consultata al seguente link: [ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_4672](http://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_4672).

dosì dell'autonomia organizzativa che legittimamente le spetta, ha tentato di aggirare le fisiologiche tendenze al metodo intergovernativo in materia di salute, istituendo un'Autorità interna, alla quale è stata consegnata un'importante serie di attribuzioni e un bilancio significativo per il loro esercizio.

Dunque, indipendentemente dai segnalati problemi di coordinamento con le agenzie e gli altri organi competenti, HERA segnala un cambiamento di paradigma. Già solo comparando le risorse destinate dall'Unione alla sanità nei periodi 2014-2020 e 2021-2027, è possibile comprendere l'entità del cambiamento di prospettiva posto in essere dalla Commissione: le cifre ammontano a circa 450 milioni di euro per il primo periodo, contro gli oltre sei miliardi stanziati per il secondo<sup>43</sup>.

L'istituzione di un'Autorità, indipendente rispetto a consessi intergovernativi e dotata di un bilancio così ingente, può (*rectius* avrebbe potuto) rappresentare una risposta ai bisogni emersi in epoca pandemica, nonché uno stimolo a incentivare meccanismi di collaborazione e solidarietà tra Stati – e, auspicabilmente, di armonizzazione – anche in altri settori del comparto sanitario europeo, solo tangenti alla gestione delle emergenze. La portata quasi rivoluzionaria di questo intervento della Commissione ha trovato la forte opposizione degli Stati membri e il Consiglio non ha tardato a rendere noto un documento in materia di emergenze sanitarie e contromisure mediche, il quale sostanzialmente, ancora una volta, rimescola tutte le carte<sup>44</sup>.

##### 5. *L'accordo del dicembre del 2021: l'antitesi conservatrice del Consiglio*

Il 17 dicembre 2021 il Consiglio dell'Unione ha raggiunto un accordo politico riguardante l'adozione di un regolamento relativo a un quadro di contromisure mediche in caso di emergenza<sup>45</sup>. Sin da una lettura preliminare del testo, si può evincere la chiara volontà di replica ai provvedimenti

<sup>43</sup> Commissione europea, *The Third Health Programme 2014-2020 Funding Health Initiatives*, consultabile al seguente link: [ec.europa.eu/chafea/health/programme/documents/factsheet-hp\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/chafea/health/programme/documents/factsheet-hp_en.pdf)

<sup>44</sup> Regolamento n. 15132/21 del Consiglio, del 17 dicembre 2021, relativo alle contromisure alle crisi sanitarie (*Council Regulation on the emergency framework regarding medical countermeasures - political agreement*), consultabile al seguente link: [data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15132-2021-INIT/en/pdf](https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15132-2021-INIT/en/pdf).

<sup>45</sup> *Ibidem*.

adottati dalla Commissione tramite il Pacchetto Salute. Una prima misura inserita nel testo è l'istituzione di un Comitato sanitario di crisi<sup>46</sup>, formato dalla Commissione e da un rappresentante per ogni Stato membro, il quale si pone, sia per denominazione che per composizione, in posizione chiaramente antitetica rispetto al Comitato consultivo voluto dalla Commissione. Il perno della gestione delle crisi torna, dunque, ad essere un organo a vocazione intergovernativa, al quale spettano la dichiarazione dello stato di emergenza e l'attivazione dei meccanismi di risposta. In questa nuova gerarchia dei rapporti la Commissione vede il proprio ruolo derubricato a funzioni meramente esecutive e amministrative, e subordinato ad un ingente onere informativo<sup>47</sup> verso il Consiglio e verso il Crisis Board; nonché l'assoggettamento del suo diritto di iniziativa al placet del medesimo<sup>48</sup>.

Il testo del Consiglio indietreggia anche sulla committenza accentrata degli approvvigionamenti di emergenza, tema sul quale la riforma della decisione 1082/2013/UE è intervenuta positivamente mediante l'integrazione delle esperienze maturate nella fase Covid, attraverso l'incentivazione della solidarietà tra Paesi membri e il tentativo di limitare le doppie contrattazioni e i recessi *ad nutum* da parte degli Stati<sup>49</sup>. L'accordo raggiunto prevede anzitutto che la committenza accentrata venga gestita congiuntamente da Commissione e *Crisis Board*; saranno gli Stati a segnalare alla Commissione la necessità di provvedere all'accenramento della domanda, mentre spetterà al *Crisis Board* scegliere le modalità migliori per procedervi. Gli Stati restano liberi di partecipare alle procedure e questa garanzia deriva loro dalla previsione di inserimento nei contratti di clausole di *opt-out* e, in presenza di giustificati motivi, anche di clausole di *opt-in*<sup>50</sup>.

Infine, il testo presentato dal Consiglio chiama direttamente in causa HERA<sup>51</sup>, di fatto anticipando di un anno il termine entro cui l'operato dell'Autorità dovrà essere valutato. La Commissione europea, infatti, è chiamata a presentare un'analisi del regolamento entro il 2024<sup>52</sup>, ponendo

<sup>46</sup> Art. 5 ss., *ibidem*.

<sup>47</sup> *Ex art. 5 ss. (ibidem)*, alla Commissione spetta l'onere di sottoporre al *Board* tutte le informazioni necessarie alla dichiarazione dello stato di emergenza, nonché il dovere di stilare una lista di materiali e approvvigionamenti strategici al fine di contenimento dell'emergenza, ma solamente a seguito di esplicita richiesta del *Board* stesso.

<sup>48</sup> Art. 5, par. 6, *ibidem*.

<sup>49</sup> Si veda *infra*, par. 3.

<sup>50</sup> Art 7, par. 1 ss., *ibidem*.

<sup>51</sup> Art. 13, *ibidem*.

<sup>52</sup> Mentre la decisione istitutiva di HERA parla di revisione del suo operato nel 2025.

l'attenzione su quale sia il ruolo di HERA nel quadro del rinnovato “*emergency framework*” e specificando le relazioni che intercorrono tra esso e le attività di preparazione e risposta della neonata Autorità; inoltre il Consiglio, che evidentemente *ipso facto* manifesta un proprio posizionamento *a priori* sul tema, invita la Commissione a valutare, in quella sede, l'opportunità di istituire HERA come organismo o agenzia a sé stante<sup>53</sup>.

6. *Da dove veniamo? Chi siamo? Dove andiamo? Le prospettive offerte dalla Conferenza sul Futuro dell'Unione europea*

Il titolo dell'opera *Da dove veniamo? Chi siamo? Dove andiamo?* del celeberrimo pittore Paul Gauguin ben riassume gli interrogativi lasciati in sospeso in apertura e aiuta a trarre talune conclusioni sulla situazione risultante dai vari interventi, poc'anzi analizzati, riguardanti la *Legal Preparedness* e le prospettive del diritto sanitario europeo.

La Commissione europea ha saputo reagire alla crisi, questo è indubbio, ma rimane l'impressione che il meccanismo di reazione abbia sofferto la presenza di “due velocità”<sup>54</sup>. La risposta è stata immediata e strutturata in relazione a quegli aspetti della crisi per la cui gestione i Trattati conferiscono all'Unione mezzi idonei<sup>55</sup>, mentre lo stesso non può dirsi a proposito delle problematiche più direttamente legate al comparto sanitario.

Nel momento in cui la Commissione è passata alla fase di “azione”, nel tentativo di strutturare una *governance* sanitaria europea in grado di rispondere alle prossime emergenze, lo ha fatto con un progetto complesso e “visionario” sin dalla sua denominazione: “Unione europea della Salute”.

Alla luce dell'analisi delle misure, cosa rimane di queste ambiziose

<sup>53</sup> È interessante notare che, in generale, ma soprattutto negli articoli riguardanti la committenza accentrata, il documento ribadisce la posizione di primazia degli Stati e degli organismi a vocazione intergovernativa anche mediante la scelta dei verbi e delle locuzioni che ad essi si riferiscono: quando il testo attribuisce obblighi e oneri agli Stati e al *Board*, viene utilizzato il verbo “*may*”, d'altra parte quando la lettera delle disposizioni si riferisce agli oneri spettanti alla Commissione, allora la scelta del predicato protende quasi sempre verso il più perentorio “*should*”.

<sup>54</sup> A questo proposito si rimanda all'intervento del Sen. Prof. Mario Monti alla conferenza “*European Health Union*” organizzata da Euractiv, che può essere reperita al seguente link: [www.euractiv.com/section/health-consumers/news/covid-19-could-be-incentive-to-give-eu-more-health-powers/](http://www.euractiv.com/section/health-consumers/news/covid-19-could-be-incentive-to-give-eu-more-health-powers/).

<sup>55</sup> Ci si riferisce agli aspetti economici e finanziari della crisi.

premesse? Non tanto. La *governance* sanitaria risultante dal “Pacchetto Salute” è da definirsi, come detto, inadeguata, questo perché la Commissione nella sua stesura ha dovuto rispettare il limite alla competenza dell’Unione in materia e tenere conto delle reazioni del Consiglio, in un esercizio di equilibrio politico tra metodo comunitario e metodo intergovernativo che non poteva avere come prodotto una *governance* ben congegnata. Infatti, il citato accordo politico raggiunto in seno al Consiglio ha riportato anche i più romantici sognatori alla realtà: ad un determinato impulso della Commissione verso una maggiore integrazione europea sui temi sanitari, gli Stati membri hanno risposto ribadendo la centralità del metodo intergovernativo all’interno del sistema decisionale europeo<sup>56</sup>.

Il limite all’intervento dell’Unione in campo sanitario, sia in fase di emergenza, sia in fase di ripartenza, è stato dunque quello imposto dai Trattati, e segnatamente l’art. 168, comma 7, TFUE. Alla medesima conclusione è giunto il Panel Ambiente e Salute<sup>57</sup> della Conferenza sul Futuro dell’Unione (COFOE), un’ambiziosa e centrale iniziativa promossa al fine di ragionare sulle sfide e le priorità dell’Unione europea del futuro<sup>58</sup>.

Nelle raccomandazioni finali del Panel, riprese nel documento conclusivo della COFOE, presentato alla plenaria di Strasburgo il 9 maggio<sup>59</sup>, viene chiesto esplicitamente che la salute rientri tra le competenze concorrenti *ex* articolo 4 TFUE<sup>60</sup>.

L’assunzione del comparto sanitario ad una visione geostrategica regionale comune costituisce una priorità – essendo “regionale” anche la dimensione delle sfide che in futuro l’Unione dovrà affrontare – che rende i vincoli imposti dall’art. 168 TFUE oramai obsoleti e ingiustificati<sup>61</sup>. Non si

<sup>56</sup> P. DE PASQUALE, *L’Unione europea di fronte alle conseguenze della crisi sanitaria, tra metodo comunitario e metodo intergovernativo*, in *DPCE online*, n. 3, 2020, p. XII ss.

<sup>57</sup> Per maggiori informazioni si rimanda al link specifico del Panel “Ambiente e Salute”: [futureu.europa.eu/processes/Health?locale=it](https://futureu.europa.eu/processes/Health?locale=it).

<sup>58</sup> Maggiori informazioni sulla COFOE possono essere reperite al seguente link: [futureu.europa.eu/?locale=it](https://futureu.europa.eu/?locale=it).

<sup>59</sup> Il *report* finale può essere consultato al seguente link: [futureu.europa.eu/pages/reporting](https://futureu.europa.eu/pages/reporting).

<sup>60</sup> P. DE PASQUALE, *Le competenze dell’Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid 19*, in *DPCE online*, n. 2, 2020, p. 2295 ss.

<sup>61</sup> Una possibile modifica potrebbe riguardare l’art. 168/4 TFUE, con l’introduzione dell’armonizzazione degli standard tecnici ai fini di ricerca; la necessità di incentivare la ricerca comune e costruire iniziative comuni in tal senso, è stata inserita all’interno delle conclusioni del Panel “Ambiente e Salute della COFOE. Le conclusioni del Panel “Ambiente e Salute” possono essere reperite al seguente link: [futureu.europa.eu/pages/directory?locale=it](https://futureu.europa.eu/pages/directory?locale=it).

ritiene questa una novità, dal momento che in passato l'Unione ha più volte introdotto misure *borderline* rispetto al dettato dell'articolo in commento, basti citare il “*Health Technology Assessment*”, riguardante la valutazione comune delle tecnologie sanitarie, il quale in tema di valutazione comune delle tecnologie sanitarie, si spinge al limite dei paletti imposti dal settimo comma dell'art. 168 TFUE<sup>62</sup>.

Visto dalla prospettiva degli Stati membri, la riforma dei trattati potrebbe costituire un beneficio, in termini di chiarezza e trasparenza nella futura legislazione in materia. Tra le proposte confluite nella relazione finale della COFOE in tema sanitario, spiccano tematiche fortemente connesse al miglioramento della *Legal Preparedness* nel quadro europeo, quali la necessaria costruzione di uno spazio europeo dei dati sanitari, la creazione di catene di approvvigionamento strategico che riducano la dipendenza da Paesi terzi e il rafforzamento della *governance* sanitaria europea, supporto fondamentale per un processo decisionale veloce ed efficace soprattutto durante un'emergenza<sup>63</sup>.

La Conferenza sul Futuro dell'Unione giunge al termine dei suoi lavori in un momento storico in cui, quotidianamente, risulta evidente la debolezza delle risposte nazionali a problematiche e crisi il cui respiro è internazionale, se non globale. Si pensi *in primis* alla salute e alla ripartenza *post-Covid19*, ma anche al tema dell'autonomia energetica e alle imminenti carestie, dovute al conflitto ucraino, che genereranno una imponente ondata migratoria verso le coste europee<sup>64</sup>. Diversi capi di Stato e di Governo, nell'ambito della COFOE, hanno sostenuto la necessità di procedere ad una revisione dei trattati per dotare l'Unione europea di istituzioni e competenze all'altezza delle sfide del futuro e superare il principio di unanimità all'interno del Consiglio<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Regolamento (UE) 2021/2282 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2021, relativo alla valutazione delle tecnologie sanitarie (*Health Technology Assessment*), consultabile al seguente link: [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R2282&from=IT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R2282&from=IT).

<sup>63</sup> Report finale della COFOE, punto 10: *Proposal: equal access to Health for all*. [futureu.europa.eu/pages/reporting](http://futureu.europa.eu/pages/reporting).

<sup>64</sup> P. V. DASTOLI, S. FABBRINI, F. KOSTORIS, S. MICOSSI, V. TERMINI, *Per l'Europa politica occorre un nuovo trattato di Messina*, in *Il Sole24Ore*, numero del 4 maggio 2022.

<sup>65</sup> Si veda l'intervento, del 3 maggio 2022, al Parlamento europeo del Presidente del Consiglio dei Ministri M. Draghi, al seguente link: [www.governo.it/it/articolo/intervento-del-presidente-draghi-al-parlamento-europeo/19741](http://www.governo.it/it/articolo/intervento-del-presidente-draghi-al-parlamento-europeo/19741) e l'intervento, del 9 maggio, del Presidente Macron al Parlamento europeo: [www.lemonde.fr/election-presidentielle](http://www.lemonde.fr/election-presidentielle).



La nota frase di Jean Monnet *“Europe will be forged in crises, and will be the sum of the solutions adopted for those crises”* descrive l’Europa di ieri e, evidentemente, anche quella di oggi.

[2022/live/2022/05/09/devant-le-parlement-europeen-a-strasbourg-emmanuel-macron-se-dit-favorable-a-une-revision-des-traites\\_6125291\\_6059010.html](https://www.euractiv.com/section/future-eu/news/merkel-open-to-eu-treaty-change-to-boost-health-powers/). La necessità di procedere ad una revisione dei trattati, con l’obiettivo di ampliare le competenze dell’Unione in materia sanitaria, è stata sostenuta anche dall’*ex* Cancelliera tedesca Angela Merkel durante una conferenza del Partito Popolare Europeo (EPP): [www.euractiv.com/section/future-eu/news/merkel-open-to-eu-treaty-change-to-boost-health-powers/](https://www.euractiv.com/section/future-eu/news/merkel-open-to-eu-treaty-change-to-boost-health-powers/). D’altra parte, la necessità di procedere ad una revisione dei trattati è stata evidenziata anche dalla Presidente del Gruppo Socialisti e Democratici (S&D) al Parlamento europeo, On. Iratxe García Pérez, nella plenaria del Parlamento dedicata alla conclusione della COFOE.

## SITUAZIONI DI CRISI E PROTEZIONE INTERNAZIONALE. QUALE RUOLO PER IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

**Bruno Nascimbene\***

SOMMARIO: 1. La direttiva sulla protezione temporanea e la decisione di esecuzione. Il caso degli sfollati dell'Ucraina. La svolta "epocale" rappresentata dalla decisione. – 2. La tutela delle persone (assicurare una protezione) e la necessità di assicurare l'equilibrio degli sforzi degli Stati. – 3. Il principio di solidarietà fra gli Stati e di equa ripartizione della responsabilità. La sua rilevanza. La tutela dei diritti fondamentali: protezione dei rifugiati (Convenzione di Ginevra; Carta dei diritti fondamentali). – 4. La rilevanza del diritto internazionale. La tutela della persona (Convenzione di Ginevra; Convenzione EDU). Le norme di diritto UE sulla protezione dei diritti fondamentali (art. 6 TUE). – 5. La giurisprudenza della Corte di giustizia. Il livello minimo perseguito dalle direttive. – 6. La crisi ucraina e le carenze di un sistema. Le crisi precedenti (Kosovo, Nordafrica, Siria, Afghanistan). La costruzione di muri. – 7. La "novità" della crisi ucraina e la decisione di esecuzione della direttiva. – 8. I beneficiari. La divisione per gruppi; i criteri. Il possibile *favor*. – 9. Il riconoscimento a "geometria variabile". La tutela dei diritti fondamentali. Le "norme minime". – 10. *a)* La libertà di scelta dello Stato di accoglienza e *b)* la libertà di movimento degli sfollati. L'equilibrio degli sforzi degli Stati e la necessità di coordinamento; la piattaforma di solidarietà. – 11. La protezione temporanea e la protezione internazionale. Il possibile cumulo di procedure. L'adeguamento italiano; perplessità. – 12. La protezione temporanea e il contrasto con le norme nazionali. Il ricorso all'art. 10, comma 3, Cost. e l'orientamento della giurisprudenza.

1. *La direttiva sulla protezione temporanea e la decisione di esecuzione. Il caso degli sfollati dell'Ucraina. La svolta "epocale" rappresentata dalla decisione*

Gli scritti recenti che si occupano di protezione internazionale nel contesto europeo hanno una caratteristica comune: essa riguarda la svolta "epocale", rappresentata dall'approvazione di una decisione del Consiglio

\* Professore emerito di diritto dell'Unione europea - Università degli Studi di Milano, già Professore di diritto internazionale - Università degli Studi di Genova.

che dà esecuzione alla direttiva, di oltre vent'anni fa, sulla protezione temporanea (direttiva 2001/55/CE) a seguito dell'afflusso massiccio di rifugiati<sup>1</sup>.

L'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione russa e la data (24 febbraio 2022) di inizio delle "operazioni militari" hanno determinato il Consiglio ad adottare, all'unanimità, una decisione esecutiva della direttiva, fondata sull'art. 78 TFUE (decisione di esecuzione 2022/382/UE del Consiglio, del 4 marzo 2022)<sup>2</sup>, che, in primo luogo, accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati che hanno dovuto abbandonare l'Ucraina a se-

<sup>1</sup> Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi fra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi; l'attuazione della direttiva in Italia è avvenuta con il d.lgs. del 7 aprile 2003, n. 85. Fra i molti commenti alla direttiva e alla più recente decisione, E. COLOMBO, *Il Consiglio adotta la decisione di esecuzione della direttiva sulla concessione della protezione temporanea: lo strumento più adatto per far fronte all'afflusso massiccio di sfollati ucraini*, in AA. VV., *Quaderni AISDUE*, n. 1, Napoli, 2022, p. 209 ss. (ivi riferimenti); A. CORRERA, *Protezione temporanea per la popolazione ucraina: una svolta per la politica di asilo nell'Unione europea?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2022, p. 39 ss.; A. DI PASCALE, *Volere è potere! L'attuazione della protezione temporanea per l'accoglienza dei profughi ucraini nell'Unione europea*, in *rivista.eurojus.it*, 2022 e della stessa *L'attuazione della protezione temporanea a favore dei profughi ucraini*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3, 2022, in corso di pubblicazione; G. MORGESE, *L'attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall'Ucraina: Old but gold?*, in AA. VV., *Quaderni AISDUE*, n. 1, Napoli, 2022, p. 381 ss. e dello stesso, *Il nuovo meccanismo di solidarietà volontaria, il gattopardismo degli Stati membri e la lezione non appresa della crisi ucraina*, in *BlogDUE*, 2022; C. PANZERA, *Crisi umanitarie e diritto d'asilo in Europa*, in *associazione deicostituzionalisti.it*, 2022; C. SCISSA, *La protezione temporanea per le persone in fuga dall'Ucraina in UE e in Italia: alcuni profili critici*, in *Questione giustizia*, 2022. Sulla protezione temporanea, nel contesto generale della politica d'asilo, per alcuni rilievi, cfr. S. FILIPPINI LA ROSA, *Brevi riflessioni in tema di protezione internazionale (e non solo)*, in *rivista.eurojus.it*, n. 3, 2022; B. NASCIMBENE, *Editoriale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2022. Nella dottrina straniera, fra i molti contributi, S. PEERS, *Temporary Protection for Ukrainians in the EU?*, in *eulawanalysis.blogspot.com*, 2022; S. CARRERA, M. INECI CIGER, L. VOSYLIUTE, L. BRUMAT, *The EU grants temporary protection for people fleeing war in Ukraine. Time to rethink unequal solidarity*, EU asylum policy (CEPS Policy Insights), Brussels, 2022; J. SCHULTZ, *Collective protection as a short-term solutions: European responses to the protection needs of refugees from the war in Ukraine*, in *eumigrationlawblog.eu*, 2022.

<sup>2</sup> Decisione di esecuzione 2022/382/UE del Consiglio, del 4 marzo 2022, che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea. Sulla decisione cfr. gli autori citt. alla nota 1.

guito di un conflitto armato. Sono previste, come si dirà oltre, categorie diverse di soggetti (ucraini e cittadini di Paesi terzi) alle quali si applica la protezione temporanea, rinviando alla direttiva-base (la 2001/55/CE) per la definizione del contenuto dei diritti riconosciuti e la determinazione della durata della protezione (un anno, prorogabile per sei mesi più altri sei mesi; una proroga di un ulteriore anno può essere richiesta dalla Commissione al Consiglio<sup>3</sup>.

Direttiva e decisione meritano, dunque (come si dirà oltre), una valutazione congiunta.

## 2. *La tutela delle persone (assicurare una protezione) e la necessità di assicurare l'equilibrio degli sforzi degli Stati*

Vi sono situazioni che costringono le persone a lasciare il proprio Paese: situazioni che non consentono alle persone, sfollate o evacuate, di fare ritorno, in condizioni stabili e sicure, nel Paese di origine a causa di conflitti armati, di violenze endemiche, di rischio grave di violazione dei diritti umani. Occorre, dunque, una protezione immediata, limitata nel tempo (appunto, temporanea). Le ragioni della protezione sono, invero, duplici: una è di carattere umanitario (e la decisione, considerando n. 24, conferma di voler rispettare i diritti fondamentali e di osservare i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali); l'altra riguarda, più da vicino, gli Stati membri, sottoposti (alcuni -Polonia, Slovacchia, Ungheria, Romania- più degli altri) a un'elevata pressione migratoria, subito dopo l'invasione (24 febbraio) e prima della decisione (4 marzo), considerate anche le previsioni numeriche che all'epoca della decisione venivano stimate (considerando n. 6) tra 2,5 e 6,5 milioni di sfollati, di cui un numero tra 1,2 e 3,2 milioni avrebbero chiesto la protezione internazionale (l'UNHCR prevedeva, "nello scenario peggiore", fino a 4 milioni di persone in fuga)<sup>4</sup>.

L'afflusso massiccio avrebbe comportato (considerando n. 7 della decisione) "l'evidente rischio che i sistemi di asilo degli Stati membri non siano in grado di gestire gli arrivi senza conseguenze negative per il proprio efficace funzionamento". La preoccupazione riguardava, dunque, anche i sistemi nazionali, l'Unione sentendosi sollecitata a intervenire perché era

<sup>3</sup> Cfr. il considerando n. 21 della decisione che richiama l'art. 6, par. 1 lett. b della direttiva-base.

<sup>4</sup> Su queste previsioni numeriche cfr. gli autori citt. alla nota 1.

necessario instaurare un regime di condivisione di responsabilità tra gli Stati per le persone in fuga (considerando n. 9 della decisione), e di dare attuazione a quel principio generale contenuto nell'art. 80 TFUE sulla solidarietà e sull'equa ripartizione della responsabilità fra gli Stati membri (responsabilità da valutare anche sul piano finanziario).

3. *Il principio di solidarietà fra gli Stati e di equa ripartizione della responsabilità. La sua rilevanza. La tutela dei diritti fondamentali: protezione dei rifugiati (Convenzione di Ginevra; Carta dei diritti fondamentali)*

Il principio di solidarietà è applicabile alle tre politiche che appartengono allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (titolo V, artt. 67-89 TFUE; l'art. 67, par. 2 menziona espressamente il principio): si tratta delle politiche relative ai controlli alle frontiere (art. 77), all'asilo (art. 78), all'immigrazione (art. 79)<sup>5</sup>. Lo spazio, e quindi le politiche ricordate, si costruisce e si realizza nel rispetto dei diritti fondamentali della persona (nonché nel rispetto dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri, art. 67, par. 1).

Il sistema europeo di asilo comprende tre forme di protezione: principale, sussidiaria, temporanea (due *status* e tre forme, come si dirà) che devono non solo rispettare i diritti fondamentali della persona, ma la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati (1951) e il Protocollo di New York (1967), nonché (art. 78, par. 1, TFUE) “gli altri trattati pertinenti”. Si vuole garantire, insomma, uno *status* uniforme in tutti i Paesi dell'Unione, da definire mediante norme sostanziali (“direttiva qualifiche”) e procedurali (“direttiva procedure”) comuni<sup>6</sup>. Il diritto d'asilo è garantito, alla stre-

<sup>5</sup> Per alcuni rilievi sul principio di solidarietà, in epoca più recente, anche con riferimento al tema delle migrazioni, G. MORGESE, *Il “faticoso” percorso della solidarietà nell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE*, III, 2021, e dello stesso *Il nuovo meccanismo di solidarietà volontaria, il gattopardismo degli Stati membri e la lezione non appresa della crisi ucraina*, cit. (con ampi riferimenti); M. GESTRI, *La protezione internazionale*, in A. M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, p. 83 ss.

<sup>6</sup> La “direttiva qualifiche” è la 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; la “direttiva procedure” è la direttiva

gua degli stessi parametri prima ricordati, dall'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali, che espressamente menziona la Convenzione di Ginevra e il Protocollo di New York come norme vincolanti. La protezione sussidiaria (art. 78, par. 2, lett. *b*) è riconosciuta a chi ha comunque necessità di una protezione internazionale, anche se non è beneficiario del diritto di asilo<sup>7</sup>: un'ipotesi residuale, ma conforme alla necessità di assicurare, comunque, una forma di protezione.

Il TFUE per i due tipi di protezione, principale (asilo) e sussidiaria, si riferisce a uno *status* uniforme, mentre per la protezione temporanea (art. 78, par. 2, lett. *c*) il riferimento è, piuttosto, a un sistema comune, non propriamente a uno *status*, poiché l'afflusso massiccio richiede procedure comuni di gestione del fenomeno e di protezione, limitate nel tempo, in presenza di situazioni di bisogno o di crisi analoghe a quelle dell'asilo e della protezione sussidiaria. Si può dire che gli *status* sono due e che tre sono le forme di protezione<sup>8</sup>.

Per completezza è opportuno ricordare un'altra situazione di emergenza in cui si verifica un afflusso "improvviso" di cittadini di Paesi terzi in uno o più Stati membri: il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a favore dello o degli Stati membri. La protezione, in tal caso, per quanto (anch'essa) temporanea, risponde alle necessità degli Stati, solo indirettamente delle persone. Così dispone l'art. 78, par. 3, TFUE, che fu posto a fondamento delle decisioni 2015/1523 e 2015/1601 istitutive di misure temporanee a vantaggio dell'Italia e della Grecia<sup>9</sup>.

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.

<sup>7</sup> Per alcuni rilievi sulla protezione sussidiaria, M. GESTRI, *La protezione internazionale*, cit., p. 103 s.

<sup>8</sup> Sulla protezione temporanea si vedano i riferimenti alla nota 1, anche per una diversa valutazione circa l'esistenza di uno *status* autonomo che si aggiunge a quello della protezione internazionale principale e di quella sussidiaria, anziché di una semplice variante, di carattere procedurale, della protezione.

<sup>9</sup> Decisione 2015/1523/UE del Consiglio, del 14 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia; decisione 2015/1601/UE, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia. Per alcuni rilievi in proposito si veda oltre, nota 16.

4. *La rilevanza del diritto internazionale. La tutela della persona (Convenzione di Ginevra; Convenzione EDU). Le norme di diritto UE sulla protezione dei diritti fondamentali (art. 6 TUE)*

Quale che sia la protezione riconosciuta alle persone, il contesto generale è di diritto internazionale prima ancora che di diritto dell'Unione europea. La protezione riguarda la persona, la sua vita e incolumità fisica, e viene quindi in rilievo un diritto fondamentale tutelato dal diritto consuetudinario, oltre che dagli strumenti del diritto convenzionale sulla protezione dei diritti fondamentali, quale la Convenzione EDU<sup>10</sup>. La Convenzione di Ginevra è uno strumento *ad hoc* nella materia dell'asilo, che si ispira comunque alla tutela dei diritti fondamentali della persona (Carta delle Nazioni Unite, Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, menzionati nel preambolo)<sup>11</sup>.

Una protezione generale, di carattere umanitario, è garantita dall'Unione europea, la protezione dei diritti fondamentali essendo parte integrante del diritto UE, in quanto contenuti nella Carta dei diritti fondamentali, nella CEDU, o in quanto risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (*ex art. 6 TUE*). Una protezione specifica del diritto d'asilo è contenuta, come si è detto, nella Carta dei diritti fondamentali, ove una norma (art. 18) è dedicata al diritto d'asilo ed altra norma (art. 19, par. 2, ispirata all'art. 3 CEDU) vieta il *refoulement*, l'allontanamento, l'espulsione, l'extradizione verso uno Stato in cui la persona corre il rischio serio di essere sottoposta alla pena di morte, alla tortura, ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti. Protezione internazionale e tutela dei diritti fondamentali sono, in questi casi, positivamente coniugati<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Sulla protezione del diritto alla vita, riconducibile a norme di carattere consuetudinario, più recentemente B. NASCIMBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in S. M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA, S. BARIATTI, M. CONDINANZI, Z. CRESPI-REGHIZZI, M. FRIGO, L. FUMAGALLI, P. IVALDI, F. MUNARI, B. NASCIMBENE, I. QUEIROLO, L. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, VI ed., Torino, 2021, p. 396 ss.

<sup>11</sup> La Dichiarazione universale, *ex art. 14*, prevede, fra l'altro, che "Ogni individuo ha diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni".

<sup>12</sup> Per alcuni rilievi sulla tutela dei diritti fondamentali e il divieto di *refoulement*, A. LANG, *Il divieto di refoulement tra CEDU e CDFUE dell'Unione europea*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrazione in Europa*, Torino, 2015, p. 209 ss.

5. *La giurisprudenza della Corte di giustizia. Il livello minimo perseguito dalle direttive*

È utile ricordare in proposito la giurisprudenza della Corte di giustizia che sottolinea il carattere vincolante della Convenzione, benché l'Unione non sia parte della stessa. Ma le norme prima citate impongono il rispetto della stessa, come pure le direttive che hanno come base giuridica l'art. 78 TFUE (si veda il considerando n. 10 della direttiva 2001/55/CE). Si può dire che le direttive prevedono criteri comuni e un livello minimo di protezione: la Convenzione di Ginevra “costituisce la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati” e si può affermare che le direttive, la “direttiva qualifiche” in particolare, ha lo scopo di definire uno *status* comune “al fine di aiutare le autorità competenti degli Stati membri ad applicare detta convenzione”, in modo tale che la Convenzione (l'art. 1 in particolare) sia pienamente rispettata. Una conformità, sostanziale e formale, espressa anche in vari “considerando” della “direttiva qualifiche” (nn. 4, 23, 24; n. 16 per un richiamo ai diritti fondamentali) e ribadita dalla Corte<sup>13</sup>. Il diritto d'asilo, peraltro, con riferimento sia all'art. 18 della Carta, sia alla “direttiva procedure” deve godere di una garanzia, precisamente di un accesso effettivo, privo di ostacoli procedurali nelle diverse fasi in cui è declinato (presentazione, inoltre, esame della domanda)<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Si veda, fra le altre, la sentenza della Corte del 14 maggio 2019, cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, *M e X, X*, punti 78-83; le conclusioni in dette cause dell'avvocato generale Wathelet, spec. punti 63-68, che richiamano la giurisprudenza della Corte anche sugli obblighi di interpretazione del diritto secondario (conformità al diritto primario, alla Carta, al diritto internazionale). Nella giurisprudenza più risalente nel tempo, sentenza della Corte del 2 marzo 2010, cause riunite C-175/08, C-176/08, C-178/08 e C-179/08, *Salabadin Abdulla e a.*, punti 51-54; del 17 giugno 2010, causa C-31/09, *Bolbol*, punti 36-38. Per una disamina della giurisprudenza sul diritto d'asilo, più recentemente S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, II ed., Torino, 2022.

<sup>14</sup> Cfr. sentenza della Corte del 30 giugno 2022, causa C-72/22 PPU, *M.A.*, punti 58-63 (anche con riferimento alla direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nell'ipotesi di norme nazionali – nella specie lituane –, che prevedevano il trattamento del richiedente la protezione internazionale, in soggiorno irregolare, volte a tutelare esigenze nazionali dipendenti da una dichiarazione dello stato di guerra o dello stato di emergenza, o in caso di proclamazione di una situazione di emergenza dovuta a un afflusso massiccio di stranieri, nella specie provenienti dalla Bielorussia). In merito alla portata del



6. *La crisi ucraina e le carenze di un sistema. Le crisi precedenti (Kosovo, Nordafrica, Siria, Afghanistan). La costruzione di muri*

La crisi ucraina ha, per così dire, ravvivato il dibattito sul tema della protezione internazionale, sui suoi limiti a fronte di situazioni di guerra e di conflitti, di persecuzioni e violenze. Ci si è chiesti, a livello internazionale ed europeo, di quali strumenti la comunità internazionale dispone perché la solidarietà, la protezione, l'accoglienza di profughi, di sfollati, di persone in fuga, di asilanti, insomma di persone vulnerabili, siano attuate.

Questa crisi è la più recente e imponente quanto al numero di persone coinvolte (come si è prima accennato) fra quelle che hanno riguardato l'Europa. È la crisi, inoltre, che ha visto l'adozione di misure comuni condivise dall'unanimità degli Stati membri.

Ricordo il conflitto nell'area balcanica e la fuga dalla *ex* Jugoslavia nel 1999; le situazioni di conflitto nei Paesi del Nord Africa e il fenomeno della c.d. primavera araba, con la fuga in massa (nel 2011) di stranieri provenienti da detti Paesi. Questi fenomeni interessarono in particolare l'Italia, che adottò misure di protezione temporanea in assenza di interventi dell'Unione europea<sup>15</sup>. Anche la fuga dalla guerra in Siria negli anni 2015-2016, che determinò in Europa la c.d. crisi dei migranti (considerato l'elevato numero di migranti, provenienti soprattutto dalla Siria, pervenuti in Turchia, Grecia, Italia), e cioè la messa in discussione degli stessi principi di solidarietà, accoglienza, protezione, fu un fenomeno che in epoca più recente ha messo in luce le carenze di un sistema<sup>16</sup>. In diverse occasioni si

diritto di asilo, con riferimento alle norme UE e nazionali, si veda più recentemente Corte costituzionale, sentenza del 20 gennaio 2022, n. 13.

<sup>15</sup> Una forma di protezione fu adottata dal Governo italiano con DPCM del 12 maggio 1999, contenente misure di protezione temporanea a favore dei rifugiati provenienti dalle zone di guerra dei Balcani. Con altro DPCM del 5 aprile 2011, furono adottate misure di protezione temporanea per i cittadini stranieri affluiti dai Paesi nordafricani. Base giuridica di tali provvedimenti è l'art. 20 del d.lgs. del 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero). Si veda anche la nota successiva.

<sup>16</sup> Sulla crisi dei migranti, con riferimento alla guerra in Siria (che iniziò nel 2011, e non è ancora risolta) e sulle altre situazioni di crisi e di conflitto cfr. B. NASCIMBENE, A. DI PASCALE, *The "Arab Spring" and the Extraordinary Influx of People who arrived in Italy from North Africa*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 13, 2011, p. 314 ss.; M. DI FILIPPO, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2015, p. 33 ss.; G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in

invocò il ricorso alla direttiva sulla protezione temporanea, ma non fu mai raggiunto il consenso politico sufficiente tra Stati membri<sup>17</sup>. Al contrario, in risposta alle crisi furono formulate proposte a dir poco preoccupanti, considerato che ci si proponeva di fermare gli afflussi erigendo muri e bloccando le frontiere. Se nel 2015 la costruzione del muro di recinzione al confine fra Ungheria e Serbia, voluta dal primo ministro ungherese Orban per impedire l'accesso, soprattutto di siriani e afgani che percorrevano la rotta balcanica, sembrò una anomalia, pochi anni più tardi (2021) ben dodici Paesi della UE (non solo i quattro del gruppo di Visegrad, ma anche Austria, Bulgaria, Cipro, Danimarca, Estonia, Grecia, Lituania e Lettonia) chiesero di finanziare con fondi europei la costruzione di muri alle rispettive frontiere<sup>18</sup>. Non meno preoccupante è stata la fuga degli afgani dal loro Paese dopo il ritiro delle forze armate degli Stati Uniti nell'agosto 2021, il Consiglio "Giustizia e affari interni" adottando una posizione prudente,

*Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3, 2015, p. 15 ss.; G. CAGGIANO, *Are You Syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Ucraina*, in *Freedom Security Justice, European Legal Studies*, n. 2, 2017, p. 7 ss.; A. DI PASCALE, *Volere è potere! L'attuazione cit. Sul ricollocamento da Grecia e Italia e sul reinsediamento dalla Turchia*, si vedano le decisioni 2015/1523/UE e 2015/1601/UE del Consiglio (che hanno introdotto deroghe al regolamento Dublino III); la dichiarazione Unione europea-Turchia del 18 marzo 2016 (un accordo *sui generis* sul reinsediamento di siriani nella UE) avente ad oggetto la condivisione degli sforzi per la gestione dei flussi di richiedenti asilo siriani. Sui problemi che si erano posti alla frontiera greco-turca, nonché per considerazioni di carattere generale, B. NASCIBENE, *La dimensione interna ed esterna della politica di immigrazione e asilo. Principi e valori*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2020, p. 276 ss.; A. DI PASCALE, B. NASCIBENE, *Le frontiere nel diritto dell'Unione europea: norme, evoluzione, significato*, in M. AMBROSINI, M. D'AMICO, E. PERASSI (a cura di), *Confini, migrazioni e Diritti umani*, Milano, 2022, in corso di pubblicazione.

<sup>17</sup> Per una ricostruzione cfr. M. INELI-CIGER, *Time to Activate the Temporary Protection Directive, Why the Directive can Play a Key Role in Solving the Migration Crisis in Europe*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016, p. ss.

<sup>18</sup> Cfr. la lettera dei dodici Ministri dell'interno del 7 ottobre 2021 alla Commissione europea, leggibile in [s3.eu-central-1.amazonaws.com/euobs-media/59f9f4116a089cec71bf81b76413503a.pdf](https://s3.eu-central-1.amazonaws.com/euobs-media/59f9f4116a089cec71bf81b76413503a.pdf). Sull'atteggiamento del Governo della Bielorussia che ha voluto reagire alle sanzioni imposte dall'Unione europea per la repressione delle proteste contro le elezioni presidenziali, concedendo il visto ai migranti iracheni e conducendo gli stessi, una volta entrati nel Paese, al confine con la Lituania e la Polonia, cfr. A. CAMILLI, *I nuovi muri europei contro i migranti*, in [www.internazionale.it/notizie/annalisa-camilli/2021/10/13/europa-muri-migranti-bielorussia](http://www.internazionale.it/notizie/annalisa-camilli/2021/10/13/europa-muri-migranti-bielorussia). Cfr. pure nel passato, per considerazioni critiche, B. NASCIBENE, *Refugees, the European Union and the Dublin System*, in *europeanpapers.eu*, n. 1, 2016, p. 101 ss.

più attenta alle preoccupazioni degli Stati membri che alle esigenze delle persone, peraltro oggetto di critiche da parte del Parlamento europeo che definì la situazione in quel Paese come una vera e propria catastrofe umanitaria<sup>19</sup>. Una Dichiarazione politica approvata dal Consiglio europeo affari interni il 10 giugno 2022 sul ricollocamento dei migranti condivisa da diciotto Stati membri e quattro associati dovrebbe rappresentare una svolta, se è vero che diecimila migranti, ogni anno, dovrebbero essere ricollocati nei predetti Paesi<sup>20</sup>. Da ultimo, la vicenda ai confini orientali della UE, che ha portato all'elaborazione del concetto di "strumentalizzazione dei migranti", quale presupposto per l'adozione di politiche di controllo sempre più restrittive del diritto di asilo<sup>21</sup>.

#### 7. *La "novità" della crisi ucraina e la decisione di esecuzione della direttiva*

La crisi ucraina era (ed è) diversa, essendo richiesti interventi immediati. La gravità del fenomeno è confermata dai numeri, se è vero che, co-

<sup>19</sup> Cfr. la risoluzione del Parlamento europeo, del 16 settembre 2021, "sulla situazione in Afghanistan", in [www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0393\\_IT.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0393_IT.html); le conclusioni del Consiglio "Giustizia e affari interni", del 31 agosto 2021, in [data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11385-2021-INIT/it/pdf](http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11385-2021-INIT/it/pdf); il commento critico di A. DI PASCALE, *L'Unione europea di fronte alla sfida dei profughi afgani*, in [www.ismu.org/lunione-europea-di-fronte-alla-sfida-dei-profughi-afghani/](http://www.ismu.org/lunione-europea-di-fronte-alla-sfida-dei-profughi-afghani/). Sui protocolli firmati da varie associazioni con cui il Governo italiano ha consentito l'accoglienza in Italia, attraverso corridoi umanitari, di profughi afgani (in provenienza da Pakistan e Iran) cfr. [www.openpolis.it/laccoglienza-dei-profughi-afghani-in-europa/](http://www.openpolis.it/laccoglienza-dei-profughi-afghani-in-europa/), anche sulle misure prese dall'Unione europea. Cfr. inoltre P. BONETTI, *La crisi afghana come spunto per risolvere i nodi strutturali del diritto di asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3, 2021; F. L. GATTA, *La crisi afghana bussava alle porte dell'Europa: gli Stati membri preparano le barricate?*, in *ADIM Blog*, 2021.

<sup>20</sup> I diciotto Stati membri sono Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Repubblica ceca, Romania, Spagna; i quattro associati sono Islanda, Lichtenstein, Norvegia, Svizzera. Sulla dichiarazione si veda [www.consilium.europa.eu/it/meetings/jha/2022/06/09-10/](http://www.consilium.europa.eu/it/meetings/jha/2022/06/09-10/); sui ricollocamenti si veda [ristretti.org/migranti-partono-i-ricollocamenti-in-europa-ecco-come-funzionano](http://ristretti.org/migranti-partono-i-ricollocamenti-in-europa-ecco-come-funzionano).

<sup>21</sup> Cfr. S. BARBOU DES PLACES, « *L'instrumentalisation des migrants* », la « *menace hybride* » et la *multiplication des dérogations au droit commun de l'asile*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2022, p. 251 ss.; A. DI PASCALE, *I migranti come "arma" tra iniziative di contrasto e obblighi di tutela dei diritti fondamentali. Riflessioni a margine della crisi ai confini orientali dell'UE*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2022.

me ha affermato il coordinatore delle Nazioni Unite per la crisi ucraina, in poco più di tre mesi, quasi quattordici milioni di ucraini sono stati costretti a fuggire dalle loro case e circa sette milioni trecentomila hanno abbandonato il Paese, e anche se un certo numero di questi vi ha fatto rientro, un numero elevato di profughi (quattro milioni circa) risulta essere registrato in Europa<sup>22</sup>.

Di fronte a un fenomeno di tale dimensione e gravità l'Unione europea, come si è detto, si è finalmente dimostrata coesa nel dare attuazione alla direttiva 2001/55, di cui era stata addirittura prospettata l'abrogazione nell'ambito del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo del 2020<sup>23</sup>. Abrogazione che conferma la necessità di cambiamento, visto che dal 2011 la direttiva era stata ignorata, malgrado non fossero mancate (come si è accennato) le occasioni. La direttiva avrebbe dovuto fronteggiare situazioni eccezionali per garantire una tutela immediata e temporanea nei casi di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi terzi che non possono rientrare nel loro Paese di origine. Inoltre, fa riferimento a un afflusso che può creare il rischio di non funzionamento o di funzionamento non corretto del sistema di asilo nei Paesi membri<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Il coordinatore nominato dal Segretario generale delle Nazioni Unite è Amin Awad (assistente del Segretario generale e coordinatore di crisi delle Nazioni Unite per l'Ucraina). Cfr. [unric.org/it/il-segretario-generale-nomina-il-sig-amin-awad-del-sudan-come-coordinatore-delle-nazioni-unite-per-la-crisi-in-ucraina/](https://www.unric.org/it/il-segretario-generale-nomina-il-sig-amin-awad-del-sudan-come-coordinatore-delle-nazioni-unite-per-la-crisi-in-ucraina/).

<sup>23</sup> Si veda, sulla possibile abrogazione, COM (2020)613 fin., del 23 settembre 2020, proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo, ove si ammettevano le lacune del sistema vigente, soprattutto la scarsa armonizzazione fra i sistemi e le procedure nazionali di asilo. L'abrogazione (considerando n. 27 e art. 14 della proposta) sarebbe dovuta al fatto che "le norme relative all'attribuzione della qualifica di beneficiario di protezione internazionale hanno subito una notevole evoluzione" (considerando n. 27) e la proposta di regolamento "stabilisce norme per la concessione dello status di protezione immediata in situazioni di crisi a sfollati di Paesi terzi che non sono in condizione di ritornare nel loro Paese di origine, e prevede regole specifiche di solidarietà verso tali persone" (sulla protezione immediata, cfr. l'art. 10 della proposta). Cfr. in argomento A. CORRERA, *Protezione temporanea*, cit., p. 61 s. Per rilievi critici sul Patto, fra i molti contributi, A. DI PASCALE, *Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *rivista.eurojus.it*, 2020; M. BORRACCETTI, *Il nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità e discontinuità col passato?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2021; M. C. CARTA, *Il "nuovo" Patto europeo sulla migrazione e l'asilo: recenti sviluppi in materia di solidarietà ed integrazione*, in *fseurostudies.eu*, n. 2, 2021, p. 9 ss.; P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, vol. II, Napoli, 2021, p. 379 ss.

<sup>24</sup> Cfr. art. 2, lett. a) sulla definizione di protezione temporanea, con riferimento al ri-

8. *I beneficiari. La divisione per gruppi; i criteri. Il possibile favor*

Qualche rilievo merita il contenuto della decisione di esecuzione della direttiva.

La protezione temporanea, offerta, come si è detto, per la prima volta da una norma di diritto UE, distingue due categorie di beneficiari: *a)* quelli che hanno diritto alla protezione, siano essi cittadini ucraini oppure apolidi o cittadini di Paesi terzi (diversi dall'Ucraina, "qualificati" in base a determinate caratteristiche) e i loro familiari (art. 2, par. 1); *b)* quelli, apolidi o cittadini di Paesi terzi, ai quali gli Stati, discrezionalmente, possono riconoscere la protezione temporanea (art. 2, par. 3). Si tratta di persone che non posseggono i requisiti degli aventi diritto alla protezione, ma soggiornavano legalmente in Ucraina ed erano impossibilitati a ritornare in condizioni sicure e stabili nel proprio Paese o regione di origine.

I beneficiari di diritto (protezione obbligatoria) sono sia i cittadini ucraini residenti in Ucraina prima del 24 febbraio 2022 (art. 1, par. 1, a) e quelli di Paesi terzi (e apolidi) che già beneficiavano, prima di quella data, di protezione internazionale o di una protezione nazionale equivalente (art. 2, par. 1, b; "qualificati", dunque).

La protezione temporanea o comunque una protezione nazionale adeguata è assicurata ai cittadini di Paesi terzi e apolidi che non beneficiavano di tale protezione internazionale (o nazionale equivalente), ma che risiedevano legalmente in Ucraina prima di quella data sulla base di un permesso di soggiorno permanente valido (rilasciato in base al diritto ucraino), e che non possono ritornare in condizioni sicure e stabili nel proprio Paese o regione di origine (art. 2, par. 2).

La divisione per gruppi (a seconda della cittadinanza, della data, del godimento in essere di una forma di protezione, del possesso del permesso di soggiorno) può suscitare perplessità, anche se significativa è l'apertura verso cittadini di Paesi terzi, a determinate condizioni, che consistono in

schio di effetti pregiudizievoli per il corretto funzionamento del sistema e degli interessi delle persone sfollate. Gli "sfollati" sono definiti nella lett. c) (definizione assai ampia: hanno dovuto abbandonare o sono stati evacuati, il rimpatrio in condizioni sicure e stabili essendo impossibile) con riferimento non solo all'art. 1 della Convenzione di Ginevra, ma anche ad altre "normative nazionali o internazionali che conferiscono una protezione internazionale". Non viene definita la dimensione (massiccia) dell'afflusso, la lett. d) limitandosi a definire l'afflusso "considerevole" (l'afflusso è in provenienza "da un paese determinato o da una zona geografica determinata, sia che il loro arrivo avvenga spontaneamente o sia agevolato, per esempio mediante un programma di evacuazione").

un legame con il territorio ucraino (soggiorno) e in una situazione di necessità ovvero impedimento di ritornare nel Paese o regione di origine. Perplexità possono suscitare le definizioni di protezione “adeguata” come sostitutiva di quella temporanea (art. 2, par. 2), e di protezione “equivalente” (protezione nazionale equivalente a quella internazionale, art. 2, par. 1, b), ma anche le nozioni di ritorno in “condizioni sicure e stabili” (art. 2, par. 2 e par. 3): la Commissione, con una comunicazione interpretativa, ha fornito “orientamenti operativi per l’attuazione della decisione”, al fine di evitare interpretazioni diverse da parte degli Stati membri<sup>25</sup>. Parimenti la Commissione ha predisposto un elenco di non aventi diritto alla protezione nei confronti dei quali gli Stati sono invitati ad applicare comunque la decisione, conformemente alla clausola di *favor* contemplata dall’art. 7 della direttiva (e dei considerando nn. 13 e 14 della decisione). Pochi sono gli Stati che hanno esteso l’applicabilità della direttiva e della decisione a sfollati diversi dai beneficiari obbligatori. Non il nostro Paese, che si è limitato ai beneficiari obbligatori<sup>26</sup>.

9. *Il riconoscimento a “geometria variabile”. La tutela dei diritti fondamentali. Le “norme minime”*

Per quanto il risultato sia di una applicazione “a geometria variabile”, è indiscutibile il risultato (positivo) in sé, poiché la direttiva, come si è detto, è datata<sup>27</sup> e mai, prima, era stata applicata; inoltre, nel rispetto del diritto

<sup>25</sup> Cfr. comunicazione della Commissione, del 21 marzo 2022, relativa agli orientamenti operativi per l’attuazione della decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio che accerta l’esistenza di un flusso massiccio di sfollati dall’Ucraina ai sensi dell’articolo 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l’introduzione di una protezione temporanea.

<sup>26</sup> Cfr. i rilievi di C. CUTTITTA, *I primi sei mesi dell’attuazione della protezione temporanea negli Stati membri: luci ed ombre*, in *rivista.eurojus.it*, 2022. Con particolare riferimento alla Spagna, Paese più “generoso” degli altri, si veda M. DI FILIPPO, M. A. ACOSTA SÁNCHEZ, *La protezione temporanea da oggetto misterioso a realtà operativa: aspetti positivi, criticità, prospettive*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 926 ss.; quanto all’Italia, cfr. il DPCM del 28 marzo 2022, “Misure di protezione temporanea per le persone provenienti dall’Ucraina in conseguenza degli eventi bellici in corso”; il doc. del Ministero dell’interno *Opuscolo informativo. Protezione temporanea in Italia*, 2022; C. SCISSA, *La protezione temporanea*, cit., par. 3; per alcuni rilievi critici C. PANZERA, *Crisi umanitarie e diritto d’asilo in Europa*, cit.

<sup>27</sup> La direttiva nasce, come si ricorda nei considerando nn. 6 e 7, dopo l’esperienza degli sfollati del Kosovo e all’invito del Consiglio (del 27 maggio 1999) a Commissione e Stati

to internazionale, più volte richiamato (e della Convenzione di Ginevra in particolare) non solo non è pregiudicato il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ma ogni Stato può “stabilire o mantenere in vigore” condizioni, come si è accennato, più favorevoli di quelle previste dalla direttiva (per esempio in materia di accesso alla procedura, al rilascio di titoli di soggiorno, all’accesso al lavoro, all’istruzione, all’alloggio, all’assistenza sanitaria)<sup>28</sup>.

La decisione di esecuzione, nel richiamare il contesto generale di carattere umanitario in cui si colloca, conferma l’obbligo di rispettare i diritti fondamentali e di osservare i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea<sup>29</sup>.

Nella valutazione della direttiva e della decisione di esecuzione non si deve dimenticare che lo scopo perseguito è di istituire “norme minime” in materia di protezione temporanea (art. 1): un minimo comun denominatore che lascia spazio a trattamenti differenziati, ma mai al di sotto di una determinata soglia. In tema di diritti fondamentali, d’altra parte, un trattamento più favorevole è sempre consentito quanto a “livello di protezione”, come prescrive la Carta dei diritti fondamentali (art. 52) che non può essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti fondamentali riconosciuti non solo dal diritto dell’Unione e dal diritto internazionale, ma dalle convenzioni internazionali di cui l’Unione o tutti gli Stati membri sono parte (la CEDU in primo luogo, e nella materia specifica, la Convenzione di Ginevra, peraltro espressamente richiamata dall’art. 18 Carta).

membri a trarre le conseguenze della risposta a tale situazione di crisi, nonché dopo la riunione straordinaria (il 15 e 16 ottobre 1999) del Consiglio europeo di Tampere, in cui venne riconosciuta “la necessità di un accordo basato sulla solidarietà tra gli Stati membri in merito alla questione della protezione temporanea degli sfollati”. All’epoca dell’approvazione della direttiva (2001) non avevano ancora aderito alla UE Ungheria, Polonia, Slovacchia, Rep. Ceca, Slovenia, Estonia, Lituania, Cipro, Malta, Romania, Bulgaria, Croazia.

<sup>28</sup> Cfr. sul rispetto del diritto internazionale e la compatibilità con il riconoscimento dello *status* di rifugiato i considerando nn. 10, 16, 18, l’art. 3, par. 1 della direttiva; sul trattamento di maggior favore il considerando n. 12 e l’art. 3, par. 5 della direttiva. La decisione di esecuzione, considerando n. 17, ribadisce la possibilità che gli Stati prevedano condizioni più favorevoli e che la protezione temporanea di cui alla direttiva è compatibile con quei regimi nazionali di protezione temporanea “che possono essere considerati una forma di attuazione della direttiva”, ritenuta complementare agli stessi regimi.

<sup>29</sup> Cfr. il considerando n. 24.

10. a) *La libertà di scelta dello Stato di accoglienza e b) la libertà di movimento degli sfollati. L'equilibrio degli sforzi degli Stati e la necessità di coordinamento; la piattaforma di solidarietà*

Uno degli aspetti più interessanti della decisione (malgrado qualche incertezza che deriva dalle definizioni, contenute nella direttiva e fatte proprie dalla decisione, quali sfollati, afflusso massiccio)<sup>30</sup> riguarda la libertà di scelta dello Stato di accoglienza e la libertà di movimento degli sfollati.

a) Allo sfollato è riconosciuta la libertà di scegliere lo Stato in cui vuole chiedere la protezione temporanea: gli ucraini erano, peraltro, esenti dall'obbligo di visto per soggiorni di breve durata potendo circolare liberamente all'interno dell'Unione (considerando n. 16). Il criterio della libertà di scelta e della libera circolazione è opposto a quello del "regolamento Dublino III" (604/2013) ove non solo sono vietati (salvo eccezioni) i movimenti secondari, ma lo Stato membro competente a decidere sulla domanda di asilo è quello di arrivo e non può essere scelto dalla persona<sup>31</sup>. La scelta, come afferma la decisione (considerando n. 16), è determinata dalla volontà o desiderio di "raggiungere i familiari e gli amici attraverso importanti reti delle diaspore esistenti in tutta l'Unione", facilitando "nella pratica l'equilibrio degli sforzi tra Stati membri" e "riducendo quindi la pressione sui sistemi nazionali di accoglienza". La decisione non tiene conto, tuttavia, del fatto che essendo consentito un trattamento differenziato da parte degli Stati, le domande di protezione vengano presentate negli Stati più "generosi" quanto ad ammissibilità ed accoglienza, pregiudicando l'auspicato equilibrio<sup>32</sup>.

b) La libertà di movimento e il *favor* per gli sfollati ucraini, ma anche le esigenze degli Stati che, più degli altri, ricevono sfollati, è alla base di una dichiarazione degli Stati membri, adottata in occasione del Consiglio che ha approvato la decisione di esecuzione, menzionata nel considerando n. 15 della decisione. In deroga alla direttiva (art. 11 che pur consente un ac-

<sup>30</sup> Cfr. la nota n. 24.

<sup>31</sup> Cfr. in proposito, sullo Stato membro competente, gli artt. 3, 13 del regolamento (UE) 604/2013, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (cd. regolamento Dublino III).

<sup>32</sup> I Paesi dove si sono diretti gli sfollati dall'Ucraina sono Polonia, Romania, Moldavia, Ungheria: cfr. [www.openpolis.it](http://www.openpolis.it). In Italia dovrebbero essere 125mila circa: cfr. [www.europatoday.it](http://www.europatoday.it).



cordo, ma bilaterale, di deroga) lo Stato che ha concesso la protezione non è obbligato a riammettere lo sfollato che soggiorni o tenti di entrare illegalmente nel territorio di un altro Stato membro. Si può ritenere che prevalgono sia le finalità della protezione, a prescindere dalla localizzazione dello sfollato, sia le esigenze di equilibrio degli sforzi di tutti gli Stati membri. La dichiarazione, precisamente, intende “sostenere gli Stati membri che costituiscono i principali punti di ingresso dell’afflusso massiccio di sfollati dall’Ucraina che fuggono dalla guerra” e promuovere, appunto, tale equilibrio<sup>33</sup>. Proprio per venire incontro alle esigenze degli Stati e alla necessità di coordinamento fra gli stessi, è assegnato alla Commissione il compito di coordinare la cooperazione e di compiere un monitoraggio attraverso uno strumento denominato “piattaforma di solidarietà” (decisione, considerando n. 20; art. 3, par. 2), grazie al quale vengono verificate le capacità di accoglienza di ogni Stato e si individuano le necessità di sostegno<sup>34</sup>.

11. *La protezione temporanea e la protezione internazionale. Il possibile cumulo di procedure. L’adeguamento italiano; perplessità*

Altri rilievi meritano la procedura per l’ottenimento della protezione temporanea e il possibile cumulo con la richiesta di protezione internazionale. Quanto al primo profilo si osserva che le modalità di svolgimento, secondo la direttiva, devono essere il più possibile flessibili e che può cessare se, a seguito di decisione del Consiglio, vengono meno i presupposti ed è attuabile un “rimpatrio sicuro e stabile” degli sfollati nel Paese di origine

<sup>33</sup> Cfr. dichiarazione del 4 marzo 2022, fascicolo interistituzionale 2022/0069 (NZE) 6826/22-ADD1 -MIGR 69, JAI 285, FRONT 95, ASILE 28, CO EST 166, Nota punto “A”; i rilievi di A. DI PASCALE, *Volere è potere! L’attuazione* cit.; S. PEERS, *Temporary Protection*, cit., ove si sottolinea il carattere politico di “gentlemen’s agreement” privo di efficacia giuridica vincolante.

<sup>34</sup> Sulla piattaforma cfr. anche la comunicazione della Commissione, del 21 marzo 2022, relativa agli orientamenti operativi per l’attuazione della decisione del Consiglio che accerta l’esistenza di un flusso massiccio di sfollati dall’Ucraina, cit. Quanto alla c.d. capacità ricettiva degli Stati, che dovrebbero fornire informazioni, appunto, sulla loro capacità, cfr. l’art. 5, par. 3 lett. c) della direttiva 2001/55/CE e il considerando n. 20 della decisione di esecuzione 2022/382/UE, ove si fa riferimento alle informazioni comunicate da alcuni Stati membri, in base alle quali la capacità di accoglienza sarebbe “pari a oltre 310.000 posti”.

(art. 6 direttiva). Proprio perché temporanea e rivolta a gruppi o collettività di individui, tale protezione non può impedire la procedura, individuale, di richiesta di asilo. La contemporaneità delle domande, di asilo e protezione temporanea è possibile, e quindi possibile è il cumulo di domande. La direttiva lascia agli Stati decidere se lo *status* di beneficiario di protezione temporanea è cumulabile con quello di richiedente asilo durante il periodo di esame della domanda di asilo, ma è fatto obbligo agli Stati di far fruire (o continuare a fruire) della protezione temporanea coloro ai quali sia stato negato lo *status* di rifugiato. Le due condizioni possono dunque anche non essere cumulate, ma il diniego di quella principale (asilo) non può pregiudicare la seconda<sup>35</sup>: anzi questa, temporanea, deve sempre essere garantita.

Alcune perplessità sono state, invero, espresse con riguardo alla disciplina italiana di attuazione della direttiva e della decisione di esecuzione (di cui al DPCM del 28 marzo 2022) perché in caso di cumulo fra la posizione di richiedente asilo e di beneficiario della protezione temporanea, l'esame della domanda di asilo è sospesa e la decisione è differita al momento in cui cesserà la protezione temporanea<sup>36</sup>. Viene data preferenza ovvero viene privilegiata quest'ultima, non tenendo conto del possibile esito negativo della domanda del richiedente che sarebbe privato della protezione temporanea ormai esaurita. Il risultato è in contrasto con la direttiva<sup>37</sup>, e ciò a prescindere dal possibile riconoscimento di altra forma di protezione prevista dal nostro ordinamento, quale è la "protezione speciale" ex art. 19, comma 1.2. del d.lgs. 286/98 (introdotta dal d.l. del 21 ottobre 2020, n. 130, conv. in l. del 18 dicembre 2020, n. 173) a seguito dell'abrogazione (con d.l. del 4 ottobre 2018, n. 133, c.d. "decreto sicurezza", conv. in l. del 1° dicembre 2018, n. 132) della norma sulla "protezione umanitaria" ovve-

<sup>35</sup> Si veda, sul possibile cumulo, l'art. 17 della direttiva; sulla discrezionalità degli Stati "durante il periodo di esame della domanda di asilo", l'art. 19.

<sup>36</sup> Sul cumulo cfr. l'art. 7 d.lgs. del 7 aprile 2003, n. 85 di recepimento della Direttiva 2001/55/CE; il DPCM del 28 marzo 2022, art. 3; l'opuscolo informativo del Ministero dell'interno, *Opuscolo informativo*, cit.

<sup>37</sup> Esprime perplessità C. PANZERA, *Crisi umanitarie e diritto d'asilo*, cit.; contrarietà C. SCISSA, *La protezione temporanea*, cit.; il doc. dell'ASGI, *Focus. La relazione tra protezione internazionale e protezione temporanea. La sospensione dell'Ucraina dall'elenco dei Paesi di origine sicura*, 2022, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it), ove si ricorda, pure, il contrasto dell'art. 7 del d.lgs. 85/2003 di attuazione della direttiva poiché, nel caso in cui non sia disposto il differimento dell'esame della domanda di asilo, viene imposto al richiedente asilo la rinuncia alla domanda di asilo se intende beneficiare della protezione temporanea.

ro del rilascio di un permesso di soggiorno per tale motivo<sup>38</sup> (previsto dall'art. 5, comma 6 d.lgs. del 25 luglio 1998, n. 286).

12. *La protezione temporanea e il contrasto con le norme nazionali. Il ricorso all'art. 10, comma 3, Cost. e l'orientamento della giurisprudenza*

Il possibile contrasto con le norme della direttiva lascia aperta un'altra possibilità per lo sfollato, che consente alcune brevi riflessioni sulla norma della Costituzione, l'art. 10, comma 3: "Lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese, l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo condizioni stabilite dalla legge". Si è discusso sul carattere precettivo della norma, sul significato del rinvio a norme future<sup>39</sup> e sul carattere

<sup>38</sup> La protezione umanitaria era prevista dal d.lgs. n. 286/1998, art. 5, comma 6, che non consentiva il rifiuto o revoca del permesso di soggiorno nel caso in cui "ricorran seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano", in combinato disposto con l'art. 19, del d.lgs n. 286/98 sui divieti di espulsione e respingimento e l'art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25/08 sull'eventuale rilascio di permesso di soggiorno (*ex art. 5, comma 6*), nel caso in cui la domanda di protezione internazionale non sia accolta dalla commissione territoriale e questa ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario. La protezione speciale è riconosciuta nel caso in cui venga rigettata la domanda di protezione internazionale e la persona non può rientrare nel Paese di origine perché (art. 19, commi 1 e 1.1.) rischia di essere perseguitata, torturata o di subire trattamenti inumani o degradanti o nel caso in cui ha diritto di rimanere in Italia in virtù di obblighi costituzionali o internazionali (o nel caso in cui la vita privata o familiare è stabilmente radicata in Italia). L'art. 19, comma 1.1. rinvia all'art. 5, comma 6 prevedendo che non è ammesso il respingimento, l'espulsione, l'extradizione "qualora ricorrano gli obblighi di cui all'art. 5, comma 6". Rifiuto o revoca del permesso di soggiorno non possono essere adottati *ex art. 5, comma 6*, se così è previsto da "obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano" (precisamente, dispone l'art. 5, comma 6, viene "fatto salvo il rispetto" di tali obblighi).

<sup>39</sup> Il rinvio alle condizioni previste dalla legge fu previsto, in sede di redazione della norma, su emendamento dell'on. Tomaso Perassi che, per quanto generico, impedì l'approvazione di un emendamento (poi ritirato) che, nel timore di eccessivi ingressi in Italia, avrebbe subordinato il riconoscimento del diritto d'asilo a norme in materia di immigrazione e a possibili quantificazioni numeriche (appariva necessario fronteggiare possibili esodi di massa). Cfr. per alcuni rilievi C. PANZERA, *Il diritto all'asilo. Profili costituzionali*, Napoli, 2020, p. 103; M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 2007, p. 21 ss.; M. NICOLINI, C. PANZERA, *Asilo*, voce in C. PANZERA, A. RAUTI (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, 2020, p. 32. Per rilievi, in ge-

non esaustivo del riconoscimento di *status* previsti dalle norme di diritto UE e da quella nazionale sulla protezione umanitaria (prima) e speciale (poi), di guisa che non sarebbe configurabile un diritto autonomo all'asilo, discendente dalla norma costituzionale. Non v'è dubbio che la lettura di questa norma debba essere aggiornata (dalla sua entrata in vigore ad oggi) in chiave internazionalistica ed europea, ma la mancanza di una legge attuativa non potrebbe pregiudicare quelle situazioni giuridiche soggettive non tutelate da norme internazionali, europee o nazionali, che invece può tutelare l'art. 10, comma 3: inteso come una garanzia aggiuntiva che non esaurisce le forme di tutela oggi esistenti. Le norme internazionali ed europee sulla protezione internazionale, sussidiaria, temporanea e quelle nazionali di attuazione e recepimento delle stesse (o che riconoscono una protezione umanitaria o speciale) non esauriscono la tutela di un diritto fondamentale quale è il diritto d'asilo. La giurisprudenza si è espressa in termini diversi. L'orientamento degli anni '90 era a favore della tesi qui sostenuta: l'art. 10, comma 3, riconosce "un diritto soggettivo perfetto all'ottenimento dell'asilo che si sostanzia, in assenza di una legge di attuazione, nel diritto di ingresso nel territorio dello Stato"<sup>40</sup>. Negli anni successivi si afferma un diritto di contenuto minimo, consistente nell'obbligo a carico dello Stato di consentire allo straniero di accedere nel proprio territorio al fine di chiedere asilo e protezione<sup>41</sup>.

nerale, sulla norma (sua efficacia e valore) si consenta rinviare (anche per riferimenti) al nostro *Asilo e statuto del rifugiato*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, spec. p. 120 ss., nonché *Comments on the Past Ten Years of Italian Jurisprudence on the Right of Asylum*, in *The Italian Yearbook of International Law*, vol. XIX, 2009, Leiden-Boston, 2010, p. 159 ss., e successivamente *Il diritto d'asilo. Gli standards di tutela dell'Unione europea*, in L. S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, XV Convegno SIDI, Bologna, 10 e 11 giugno 2010, Napoli, 2011, p. 25 ss. Cfr. inoltre P. BONETTI, *Articolo 10*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Padova, 2018, p. 18, e più recentemente V. TELARO, *Il diritto di asilo costituzionale: premesse storiche e questioni attuali nel rapporto di integrazione multilivello tra le fonti*, in *federalismi.it*, 2022. Per un cenno al pericolo di ingresso indiscriminato di esuli cfr. sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, del 1° settembre 2006, n. 18940.

<sup>40</sup> Cfr. sentenza della Corte di Cassazione, SS.UU., del 26 maggio 1997, n. 4674; sentenza della Corte di Cassazione, SS.UU., del 17 dicembre 1999, n. 907. Per un cenno all'art. 10, comma 3 e alle forme di protezione nel nostro ordinamento, v. sentenza della Corte costituzionale n. 13/22, cit.

<sup>41</sup> Cfr. sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, del 25 novembre 2005, n. 25028

Del tutto restrittivo è un successivo orientamento che vuole invece “esaurito” (“interamente attuato e regolato”) il diritto di asilo costituzionale con le forme di protezione internazionale, sussidiaria, umanitaria prima, speciale poi, “di guisa che non si scorge alcun margine di residuale diretta applicazione della norma costituzionale<sup>42</sup>.”

L’occasione per ritornare sul tema della precettività ed esaustività dell’art. 10, comma 3, si è presentata quando soggetti che non si trovavano sul territorio nazionale hanno chiesto un provvedimento cautelare teso ad ottenere un visto per ragioni umanitarie, al fine di fare ingresso in Italia e chiedere la protezione internazionale. L’orientamento è altalenante, venendo dapprima riconosciuto il diritto, poi negato, quindi nuovamente riconosciuto, riaprendo così il dibattito sul valore dell’art. 10, comma 3, ma anche sulla possibilità di chiedere asilo fuori dal territorio nazionale (per esempio presso un’ambasciata)<sup>43</sup>. Un tema nuovo viene, peraltro, proposto, non senza suscitare qualche perplessità. Viene negata “un’applicazione giudiziale diretta ed immediata [all’art. 10, comma 3], ostandovi l’esplicito rinvio alla legge, cui è riservata la determinazione delle “condizioni” di esercizio del diritto di asilo, e viene escluso il diritto a un visto individuale per

(l’ammissione è “alla procedura di esame della domanda di riconoscimento”); sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, del 1° settembre 2006, n. 18940. Per alcuni rilievi sulla tutela giurisdizionale cfr. I. PAGNI, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, in *Questione giustizia*, 2021.

<sup>42</sup> In questi termini, ordinanze della Corte di Cassazione, sez. VI, del 26 giugno 2012, n. 10686; del 7 luglio 2014, n. 15466; del 4 agosto 2016, n. 16362; del 23 novembre 2017, n. 28015.

<sup>43</sup> Sul carattere non necessario della presenza sul territorio nazionale al fine di chiedere asilo, essendo sufficiente la situazione di impedimento al godimento delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione, cfr. nel passato, soprattutto con riferimento al carattere precettivo della norma, P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 217 ss.; C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di) (dir. cost.)*, voce in *Enc. dir.*, III, 1958, p. 222 ss.; A. CASSESE, *Art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 534 ss.; M. BENVENUTI, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2010, p. 36 ss., e dello stesso *La forma dell’acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione giustizia*, 2018, p. 14 ss. Più recentemente P. MOROZZO DELLA ROCCA, M. SOSSAI, *Chiedere asilo da lontano*, in *Questione giustizia*, 2022. In giurisprudenza, sentenza del Tribunale di Roma del 1° ottobre 1999, nel noto caso *Oçalan* (leader curdo che si trovava non già in Italia, ma in Turchia), peraltro aderendo alla tesi della sentenza della Corte di Cassazione n. 4674/1977 sul valore precettivo dell’art. 10, comma 3. Sull’orientamento successivo del Tribunale di Roma cfr. la nota successiva.

motivi umanitari salvo che nell'ambito di una speciale strumento di protezione rappresentato dai corridoi umanitari<sup>44</sup>. Si riconosce dunque ai corridoi umanitari, cioè ad accordi (protocolli) di natura pubblicistica fra enti o associazioni non governative, da un lato, e Ministero dell'interno e degli esteri dall'altro lato, la legittimità di strumento utile (in presenza di situazioni eccezionali pregiudizievoli della tutela dei diritti fondamentali della persona) a consentire l'ingresso nel nostro Paese a stranieri con particolari vulnerabilità e caratteristiche, e meritevoli quindi di visto di ingresso, al fine di chiedere la protezione internazionale.

<sup>44</sup> In questi termini, l'ordinanza del Tribunale di Roma del 25 febbraio 2022, in sede di reclamo (dell'ordinanza del medesimo Tribunale del 21 dicembre 2021, che aveva accolto il ricorso ordinando il rilascio del visto per motivi umanitari). Afferma il Tribunale che l'art. 10, comma 3 deve "ritenersi compiutamente attuato dalla legislazione di rango primario e regolamentare oggi vigente" che comunque "non contempla l'ipotesi di rilascio del visto individuale *per motivi umanitari*" e non riconosce (salvo casi particolari) "il diritto dello straniero che si trovi all'estero ad essere ammesso nel territorio della Repubblica al fine di ricevere protezione internazionale". Nello stesso senso, le ordinanze del Tribunale di Roma del 25 marzo 2022 ([www.asgi.it/wp-content/uploads/2022/06/Trib.Roma-25.3.2022-Diniego-visto-umanitario-Tunisia-700-Valeri-Leo.pdf](http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2022/06/Trib.Roma-25.3.2022-Diniego-visto-umanitario-Tunisia-700-Valeri-Leo.pdf)), dell'8 aprile 2022 ([www.asgi.it/wp-content/uploads/2022/06/Trib.-Roma-8.4.2022-700-rigetto-visto-umanitario-Belluccio-.pdf](http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2022/06/Trib.-Roma-8.4.2022-700-rigetto-visto-umanitario-Belluccio-.pdf)) e 7 aprile 2022 ([www.asgi.it/wp-content/uploads/2022/06/Trib.-Roma-07.04.2022-Diniego-visto-umanitario-Gennari-700.pdf](http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2022/06/Trib.-Roma-07.04.2022-Diniego-visto-umanitario-Gennari-700.pdf)), anche sulle ragioni della non concessione di visto umanitario *ex art. 25*, del Codice visti (visto "VTL", cioè con validità territoriale limitata), alla luce della sentenza della Corte del 7 marzo 2017, causa C-638/16 PPU, *XeX*, e della sentenza della Corte EDU, del 5 marzo 2020, *MN e a. c. Belgio*, che riconoscono allo Stato una propria valutazione discrezionale (secondo la Corte di giustizia la domanda di visto sarebbe di lunga durata, e quindi non rientrante nella disciplina del Codice; secondo la Corte EDU non sussisteva la giurisdizione del Belgio sui ricorrenti e quindi lo Stato non poteva essere riconosciuto colpevole delle violazioni, in particolare dell'art. 3 CEDU). In precedenza, tuttavia, il Tribunale Roma si era pronunciato favorevolmente, accogliendo i ricorsi: sentenza del 28 novembre 2019, n. 22917, ove il Trib. richiama Cass. n. 25028/2005, cit., rinviando alle "forme che verranno individuate dalla competente autorità amministrativa"; sentenza del 18 gennaio 2021, su cui A. DI PASCALE, *Riammissioni informali e violazione del diritto d'asilo*, in *Questione giustizia*, 2021. Cfr. in argomento C. PANZERA, *Il diritto all'asilo. Profili costituzionali*, cit., pp. 132, 148 ss.; N. ZORZELLA, *Asilo e protezione internazionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2022 (e in precedenza della stessa, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, *ibidem*, n. 1, 2018) che ricorda nuove pronunce del Tribunale di Roma, una del 24 giugno 2022, in sede di reclamo, a favore del diniego del visto di ingresso umanitario (chiesto in Ambasciata); l'altra, del 24 maggio 2022, contraria (riconosce il diritto al rilascio del visto di ingresso per proporre domanda di protezione internazionale). Per alcuni rilievi sulla protezione umanitaria, cfr. C. FAVILLI, *La protezione umanitaria. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 445/2018*, in *Questione giustizia*, 2018.

Le perplessità sono suscitate non solo dal fatto che viene negata efficacia precettiva all'art. 10, comma 3, ma perché viene riconosciuta ai corridoi umanitari, pur in assenza di norme in proposito, una rilevanza giuridica atta ad integrare la riserva di legge di cui all'art. 10, comma 3<sup>45</sup>. I beneficiari iscritti negli elenchi previsti dai protocolli, infatti, possono fare un regolare ingresso mediante il rilascio di un visto umanitario (*ex art. 25 Codice dei visti*) in Italia e qui chiedere la protezione internazionale. Il diritto d'asilo verrebbe così subordinato alla condizione di essere beneficiario di un corridoio umanitario, in assenza di qualunque norma che ne preveda l'istituzione e la disciplina.

<sup>45</sup> Sui corridoi, per rilievi critici, C. SICCARDI, *Quali vie di ingresso legale per i richiedenti protezione in Europa? Contesto europeo e costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2022, ivi riferimenti, anche per il rilievo assunto dalla prassi a partire dal 2015; cfr. inoltre N. ZORZELLA, *Asilo e protezione*, cit.

DELEGARE O NON DELEGARE? IL DIBATTITO ISTITUZIONALE  
EUROPEO SUI REQUISITI PER LA PRODUZIONE DI IDROGENO  
RINNOVABILE: ADDIZIONALITÀ, CORRELAZIONE TEMPORALE  
E CORRELAZIONE GEOGRAFICA

**Alessandra Porcari\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La delega per la Commissione: art. 27(3) RED II. – 3. La *ratio* sottesa alla delega. – 4. Il progetto di regolamento delegato. – 5. La RED III emendata dal Parlamento: il nuovo art. 27(3). – 6. Delegare o non delegare? Possibili scenari.

1. *Introduzione*

Uno dei temi più complessi nell'accesso dibattito europeo relativo alla promozione della nuova filiera energetica dell'idrogeno è quello sulla definizione dei requisiti di addizionalità, correlazione temporale e correlazione geografica. La comprensione di tali elementi è indispensabile per fornire una risposta alla seguente domanda: a quali condizioni è possibile produrre idrogeno rinnovabile? La questione è di estrema importanza per gli operatori e gli investitori del settore non solo perché inerisce alla prima fase della filiera ma anche perché genera ripercussioni sull'attuazione delle misure sull'idrogeno dei PNRR nazionali nell'ambito del programma *Next Generation EU*.

Il presente contributo mira ad individuare i tratti salienti del dibattito istituzionale, attraverso un confronto tra il progetto di regolamento delegato predisposto della Commissione europea in virtù della delega prevista dall'art. 27(3) della direttiva (UE) 2018/2001 e la proposta di revisione della medesima direttiva, nella nuova versione recentemente emendata dal Parlamento europeo nella seduta plenaria del 14 settembre 2022.

Preliminarmente, si precisa che le espressioni “idrogeno verde”, idrogeno rinnovabile”, “idrogeno sostenibile”, pur essendo comunemente utilizzate in modo alternativo, non sono interscambiabili. L'idrogeno “rinnovabile” – cui è circoscritto il presente contributo – appartiene alla macrocategoria disciplinata dalla direttiva (UE) 2018/2001 dei “carburanti liquidi o gassosi che sono uti-

\* Dottoranda in Studi Giuridici Comparati ed Europei, Università di Trento.



lizzati nel settore dei trasporti, diversi dai biocarburanti o dai biogas, il cui contenuto energetico proviene da fonti rinnovabili diverse dalla biomassa”<sup>1</sup>. Invece, l’idrogeno “sostenibile” o “verde” è propriamente riconducibile all’operatività del regolamento (UE) 2020/852 (e del regolamento delegato (UE) 2021/2139), con cui l’Unione ha introdotto una tassonomia delle attività economiche sostenibili<sup>2</sup>. In particolare, in base al regolamento 2021/2139, l’attività di produzione di idrogeno contribuisce in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici se “soddisfa il requisito di riduzione delle emissioni di gas serra nel ciclo di vita del 73,4 % per l’idrogeno e del 70 % per i combustibili sintetici a base di idrogeno rispetto a un combustibile fossile di riferimento di 94 g CO<sub>2</sub>e/MJ” (punto 3.10)<sup>3</sup>.

## 2. *La delega per la Commissione: art. 27(3) RED II*

L’atto di base coincide con la direttiva sulla promozione di energia da fonti rinnovabili (di seguito, RED II), i cui i profili ambientali ed energetici sono strettamente interconnessi<sup>4</sup>: la maggiore penetrazione delle energie rinnovabili nel *mix* energetico europeo è infatti una delle misure volte a ridurre le emissioni di gas a effetto serra per onorare gli impegni assunti dall’Unione in occasione dell’Accordo di Parigi. A partire dal Trattato di Lisbona, le politiche europee in materia di ambiente e di energia si sono sviluppate in modo simbiotico, come è evidente dai reciproci richiami tra le disposizioni in materia di ambiente e quelle in materia di energia<sup>5</sup>. In quest’ottica, l’introduzione dell’art. 194 TFUE non solo rappresenta

<sup>1</sup> Definizione contenuta nell’art. 2, punto 36, RED II.

<sup>2</sup> G. SEVERINI, U. BARELLI, *Gli atti fondamentali dell’Unione Europea su “transizione ecologica” e “ripresa e resilienza”: prime osservazioni*, in *RGAonline.it*, n. 20, 2021.

<sup>3</sup> Un punto di contatto tra il regolamento e la direttiva (e quindi tra le definizioni di idrogeno rinnovabile e di idrogeno sostenibile) è dato dal fatto che il regolamento richiama un atto delegato da adottarsi in base agli articoli 25(2) e 28(5) della direttiva per l’introduzione di una metodologia volta a valutare la riduzione delle emissioni dei carburanti rinnovabili liquidi e gassosi di origine non biologica per il trasporto e dei carburanti derivanti da carbonio riciclato.

<sup>4</sup> B. MINUCCI, *La direttiva RED II tra novità e conferme*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE (serie speciale), La conferenza sul futuro dell’Europa, contributo al dibattito sui valori dell’Unione e sulla protezione della salute e dell’ambiente*, Napoli, 2022, p. 369 ss.

<sup>5</sup> Cfr. F. FERRARO, *L’evoluzione della politica ambientale dell’Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in *I Post di AISDUE*, n. 9, 2022.

un'importante tappa nel trasferimento all'Unione di specifici poteri nel settore dell'energia<sup>6</sup> ma formalizza anche lo stretto legame tra la politica ambientale e quella energetica<sup>7</sup>.

L'art. 27 RED II è rubricato "Criteri di calcolo riguardo alle quote minime di energia rinnovabile nel settore dei trasporti" e la delega di cui si discute nel presente contributo è contenuta nel terzo paragrafo, secondo cui "la Commissione adotta un atto delegato ai sensi dell'articolo 35 al fine di integrare la presente direttiva con la definizione di una metodologia dell'Unione che stabilisca norme dettagliate che gli operatori economici devono rispettare per conformarsi ai requisiti stabiliti nel quinto e sesto comma del presente paragrafo". I requisiti di cui al quinto e sesto comma si riferiscono alle caratteristiche dell'energia elettrica da fonti rinnovabili utilizzata per produrre carburanti rinnovabili liquidi e gassosi di origine non biologica per il trasporto.

Le premesse di tale delega si possono rinvenire nel considerando n. 90 della direttiva, secondo cui: "Per garantire che i combustibili rinnovabili di origine non biologica contribuiscano alla riduzione dei gas a effetto serra, l'energia elettrica utilizzata per la produzione di combustibile dovrebbe essere di origine rinnovabile. La Commissione dovrebbe sviluppare, mediante atti delegati, una metodologia dell'Unione affidabile da applicare dove tale energia elettrica sia prelevata dalla rete. Tale metodologia dovrebbe garantire che vi sia una correlazione temporale e geografica tra l'unità di produzione di energia elettrica con cui il produttore ha un accordo bilaterale per l'acquisto di energia elettrica da fonti rinnovabili e la produzione di combustibile. [...] Inoltre, vi dovrebbe essere un elemento di addizionalità, vale a dire che il produttore di carburante contribuisca alla diffusione dell'energia rinnovabile o al suo finanziamento".

Posto l'obiettivo ultimo del contribuire alla riduzione dei gas a effetto serra<sup>8</sup>, dal considerando n. 90 è possibile isolare le seguenti condizioni per la produzione di idrogeno rinnovabile:

<sup>6</sup> Cfr. R. MICCÙ, *Lineamenti di diritto europeo dell'energia*, Torino, 2020. L'autore sottolinea che prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, l'Unione esercitava le proprie competenze in tema di energia e di ambiente in modo frammentato e disorganico, fondando le proprie azioni essenzialmente sull'art. 114 TFUE ed attraverso un'interpretazione "dinamica e positiva" del principio di sussidiarietà.

<sup>7</sup> M. MARLETTA, *Commento all'art. 194 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 1650 ss.; C. VIVANI, *Ambiente ed energia*, in M. FERRARA, A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente* (a cura di), Milano, 2014, p. 503 ss.

<sup>8</sup> Con il regolamento 2021/1119, l'Unione ha istituito un quadro per la riduzione irreversibile e graduale delle emissioni antropogeniche di gas a effetto serra dalle fonti e

- i) l'energia elettrica utilizzata per la sua produzione deve essere di origine rinnovabile;
- ii) deve sussistere una correlazione geografica e temporale tra la produzione dell'energia elettrica da fonti rinnovabili ed il consumo di energia elettrica da parte dell'elettrolizzatore;
- iii) deve esserci un elemento di addizionalità.

È indispensabile una precisazione tecnica per la comprensione e la valutazione dell'operatività dei requisiti di cui sopra. Gli elettrolizzatori sono dispositivi elettrochimici che consentono di rompere le molecole dell'acqua separando l'idrogeno dall'ossigeno (si tratta del processo di elettrolisi)<sup>9</sup>. Ai fini dell'atto delegato è utile distinguere due opzioni di alimentazione degli elettrolizzatori con energia elettrica da fonti rinnovabili. In un primo caso, essi possono essere alimentati da impianti rinnovabili ad hoc e non è necessario prelevare energia dalla rete; pertanto, non si pongono i problemi di addizionalità e correlazione in fase di produzione. In un secondo caso, l'elettricità che consente il loro funzionamento è prelevata dalla rete elettrica; si rende pertanto necessario stipulare un accordo di acquisto di elettricità generata da fonti rinnovabili ("*power purchase agreement*", di seguito "PPA")<sup>10</sup>.

### 3. *La ratio sottesa alla delega*

Prima di esaminare il modo in cui la Commissione ha scelto di esercitare la delega nel progetto di regolamento delegato, è opportuno ricostruire la *ratio* sottesa al requisito di addizionalità, con i due corollari della correlazione temporale e geografica.

l'aumento degli assorbimenti dai pozzi. In particolare, è previsto un obiettivo vincolante del raggiungimento della neutralità climatica entro il 2050 accanto ad un obiettivo intermedio per il 2030 consistente nella riduzione interna netta delle emissioni di gas a effetto serra (al netto degli assorbimenti) di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990.

<sup>9</sup> Sui diversi processi volti alla produzione di idrogeno, si veda M. HERMESSMANN, T. E. MULLER, *Green, Turquoise, Blues or Grey? Environmentally friendly hydrogen production in transforming energy systems*, in *Progress in Energy and combustion science*, 90, 2022.

<sup>10</sup> F. SCALIA, *Energia sostenibile e cambiamento climatico*, Torino, 2020, p. 337. L'autore definisce i PPA come contratti di acquisto pluriennali sottoscritti con un produttore di energia elettrica; sono strumenti contrattuali che possono efficacemente incentivare la produzione di energia rinnovabile in virtù della garanzia di un prezzo prestabilito per l'energia prodotta in un arco temporale pluriennale.

Nella rendicontazione dei consumi di elettricità proveniente da fonti rinnovabili, si distinguono i consumi elettrici finali o diretti dai consumi elettrici intermedi o indiretti. Nel primo caso, l'elettricità da fonti rinnovabili è trasportata attraverso la rete elettrica direttamente agli usi finali. Il secondo caso è invece riferibile all'operatività dell'elettrolizzatore in quanto tra la produzione dell'energia da fonti rinnovabili e l'utilizzo finale si interpone un passaggio ulteriore, ossia l'alimentazione dell'elettrolizzatore per la produzione di idrogeno.

L'obiettivo vincolante dell'Unione cristallizzato nella RED II prevede che il raggiungimento della quota di energia da fonti rinnovabili entro il 2030 debba essere parametrato sul consumo finale di energia elettrica e non sul consumo intermedio: “[La direttiva] fissa un obiettivo vincolante dell'Unione per la quota complessiva di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo di energia dell'Unione nel 2030” (art. 1 RED II).

Da ciò sorge la necessità di imporre il requisito di addizionalità: si intende evitare che la domanda di energia elettrica da fonti rinnovabili da parte degli elettrolizzatori “eroda” altra domanda per la stessa energia che potrebbe essere utilizzata in modo più efficiente negli usi finali diretti. La direttiva richiede pertanto che l'energia elettrica da fonti rinnovabili volta ad alimentare gli elettrolizzatori sia addizionale rispetto all'energia elettrica da FER considerata per il raggiungimento l'obiettivo vincolante dell'Unione<sup>11</sup>. Si comprende così l'espressione utilizzata nell'ultimo periodo del considerando n. 90, secondo cui il produttore di idrogeno debba contribuire *anche* alla diffusione o al finanziamento dell'energia rinnovabile; è necessario cioè che alla produzione di idrogeno corrisponda un aumento della capacità di generazione rinnovabile.

La preoccupazione che emerge dalla direttiva è quella per cui l'utilizzo di elettricità rinnovabile per l'alimentazione degli elettrolizzatori possa ostacolare il raggiungimento dei target della RED II, ritardando la complessiva decarbonizzazione<sup>12</sup>. Il rischio è quello, infatti, di un aumento dei consumi elettrici complessivi, un aumento della produzione di energia da fonti non rinnovabili (per le quali invece c'è capacità produttiva) e quindi –

<sup>11</sup> A. POTOTSCHNIG, *Renewable hydrogen and the “additionality” requirement: why making it more complex than is needed?*, in *Policy Briefs* (Florence School of Regulation), n. 36, 2021.

<sup>12</sup> S. BARTLETT, *Green hydrogen: from additionality to sustainability*, in *Green Hydrogen Organisation Blog*, 2022, accessibile al link [gh2.org/blog/green-hydrogen-additionality-sustainability](https://gh2.org/blog/green-hydrogen-additionality-sustainability).

paradossalmente – alla produzione di idrogeno conseguirebbe un aumento delle emissioni totali<sup>13</sup>. La logica dell’addizionalità appare ragionevole (e condivisibile) se si abbraccia una prospettiva a lungo termine: è la stessa Strategia europea sull’idrogeno che prevede un incremento della domanda degli elettrolizzatori attraverso una ambiziosa tabella di marcia, avendo definito un target di produzione pari a 10 milioni di tonnellate di idrogeno entro il 2030 (40 GW di elettrolizzatori installati)<sup>14</sup>.

#### 4. *Il progetto di regolamento delegato*

In questo contesto, la Commissione ha esercitato la delega di cui all’art. 27(3) RED II, predisponendo un progetto di un regolamento delegato volto ad integrare alcuni profili della direttiva<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> P. RANCI, A. POTOTSCHNIG, *Le garanzie di origine ed il loro potenziale nella transizione energetica*, in *Rassegna Astrid*, n. 14, 2021, p. 7. Si veda però il recente studio di O. RUHNAU, J. SCHIELE (ZBW - Leibniz Information Centre for Economics), *Flexible green hydrogen: Economic benefits without increasing power sector emissions*, Kiel, Hamburg, 2022, in cui si sostiene che non ci sia alcuna prova di un aumento delle emissioni a fronte di una interpretazione elastica e flessibile del requisito di addizionalità; si raccomanda pertanto di valutare l’addizionalità su base annuale e non oraria.

<sup>14</sup> Comunicazione della Commissione, dell’8 luglio 2020, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Una strategia per l’idrogeno per un’Europa climaticamente neutra*, COM(2020) 301 final. Nella prima fase, dal 2020 al 2024, l’obiettivo è installare nell’UE almeno 6 GW di elettrolizzatori per l’idrogeno rinnovabile e produrre fino a 1 milione di tonnellate di idrogeno rinnovabile. Nella seconda fase, tra il 2025 e il 2030, l’obiettivo è installare almeno 40 GW di elettrolizzatori per l’idrogeno rinnovabile e produrre fino a 10 milioni di tonnellate di idrogeno rinnovabile. Nella terza fase, a partire del 2030 e con l’orizzonte temporale del 2050, le tecnologie basate sull’idrogeno rinnovabile dovrebbero raggiungere la maturità e trovare applicazione su larga scala per raggiungere tutti i settori *hard to abate*. I target di produzione e di importazione di idrogeno sono stati resi ancor più ambiziosi con la pubblicazione del piano “RepowerEU” (punto 2.1.3 “Acceleratore dell’idrogeno”), in cui l’idrogeno gioca un ruolo fondamentale per quel che concerne la diversificazione dell’approvvigionamento: “Aggiungendo 15 milioni di tonnellate (mt) di idrogeno rinnovabile ai 5,6 mt già previsti dal pacchetto “Pronti per il 55 %”, entro il 2030 sarà possibile sostituire annualmente 25-50 miliardi di m<sup>3</sup> di gas russo importato: si tratterebbe di andare oltre gli obiettivi della strategia dell’UE per l’idrogeno e massimizzare la produzione interna, importando 10 mt di idrogeno in più da diverse fonti e aumentando la produzione in Europa di 5 mt. Anche altre forme di idrogeno ottenuto senza combustibili fossili, in particolare usando il nucleare, trovano posto nella sostituzione del gas naturale”.

<sup>15</sup> Il progetto di regolamento delegato e i commenti pervenuti dagli stakeholders in oc-

Ai fini della definizione dei requisiti di addizionalità, correlazione temporale e geografica, il regolamento delegato distingue il caso in cui l'elettrolizzatore sia direttamente connesso all'impianto di energia rinnovabile (art. 3) e il caso in cui sia indirettamente connesso all'impianto (art. 4).

Nel primo caso, affinché l'idrogeno sia considerato rinnovabile, il produttore deve dimostrare che la produzione di elettricità rinnovabile e la produzione di idrogeno avvengono nello stesso impianto (o che essi siano direttamente connessi) e che l'impianto che produce elettricità non è collegato alla rete (oppure esso è sì collegato alla rete, ma è dotato di un sistema di misurazione intelligente che rileva che non sia stata prelevata elettricità dalla rete per produrre idrogeno).

Nel secondo caso, la connessione all'impianto è solo virtuale: i produttori di idrogeno devono aver concluso uno o più PPA con operatori economici che producono elettricità rinnovabile. I problemi di addizionalità e correlazione si pongono in questo secondo caso. Per quanto riguarda la correlazione temporale, la Commissione prevede che l'idrogeno debba essere prodotto durante la stessa ora in cui è prodotta l'elettricità rinnovabile nell'ambito del PPA oppure che esso debba essere prodotto con elettricità rinnovabile proveniente da un impianto di stoccaggio situato che è stato caricato durante la stessa ora in cui è stata prodotta l'elettricità ai sensi del PPA<sup>16</sup>. Per quanto riguarda la correlazione geografica, l'impianto che genera elettricità rinnovabile ai sensi del PPA deve essere situato nella stessa zona di offerta dell'elettrolizzatore per evitare congestioni della rete elettrica.

Inoltre, per soddisfare il requisito di addizionalità "in senso stretto", si prevede che l'impianto di energia rinnovabile che alimenta l'elettrolizzatore debba essere di nuova costruzione, in modo tale che l'elettricità rinnovabile per l'alimentazione degli elettrolizzatori sia effettivamente addizionale rispetto alla produzione di elettricità rinnovabile già esistente.

Infine, ai sensi dell'art. 5, che disciplina le regole comuni, il produttore di idrogeno deve documentare ora per ora le seguenti informazioni: (a) la

casione della consultazione pubblica sono accessibili al link [ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/7046068-Produzione-di-carburanti-rinnovabili-per-autotrazione-quota-di-energia-elettrica-da-fonti-rinnovabili-requisiti\\_it](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/7046068-Produzione-di-carburanti-rinnovabili-per-autotrazione-quota-di-energia-elettrica-da-fonti-rinnovabili-requisiti_it).

<sup>16</sup> La correlazione temporale non è però richiesta se i prezzi del mercato del giorno prima sono inferiori a 20€/MWh o se sono inferiori a 0,36 volte il prezzo di un permesso di emissione di una tonnellata equivalente di CO<sub>2</sub>.

quantità di elettricità utilizzata per produrre idrogeno; (b) la quantità di elettricità rinnovabile generata dagli impianti che generano elettricità rinnovabile, indipendentemente dal fatto che siano direttamente collegati a un elettrolizzatore e indipendentemente dal fatto che l'elettricità rinnovabile sia utilizzata per la produzione di idrogeno; (c) le quantità di idrogeno prodotto, rinnovabile e non rinnovabile.

La rigidità con cui i requisiti per la produzione di idrogeno sono stati disciplinati dalla Commissione è stata ampiamente criticata dai principali stakeholders sotto vari profili<sup>17</sup>.

Hydrogen Europe, associazione europea che rappresenta gli interessi dell'industria dell'idrogeno, ha osservato infatti che si tratta di requisiti discriminatori, in quanto non si applicano ad altri utenti di elettricità rinnovabile ma solo ai produttori di idrogeno. Se il regolamento fosse adottato ed entrasse in vigore, sarebbe però difficile ipotizzare l'accoglimento di un ricorso di annullamento proposto dagli Stati membri. Questi ultimi potrebbero infatti invocare l'attivazione della c.d. *sovereignty clause*<sup>18</sup> di cui all'art. 192(2)(c) TFUE, lamentando l'adozione dell'atto secondo la procedura legislativa ordinaria (e non speciale) e rivendicando così il loro potere di determinare il *mix* energetico nazionale in modo da privilegiare, nel caso di specie, la produzione di idrogeno. Con il caso *Polonia c. Parlamento e Consiglio*<sup>19</sup>, la Corte di giustizia ha però ridimensionato la portata operativa della norma, privilegiando l'obiettivo ultimo della decarbonizzazione e il "ruolo dell'Unione nella salvaguardia dell'ambiente e nella lotta contro il cambiamento climatico"<sup>20</sup>, nel senso che "la valutazione dell'impatto sulla politica energetica di uno Stato membro di un atto dell'Unione non costituisce un elemento che deve essere valutato al di fuori dello scopo o del

<sup>17</sup> Hydrogen Europe, *Joint statement of the EU industry: Pragmatic regulatory framework necessary for hydrogen market*, luglio 2022, accessibile al link [hydrogeneurope.eu/wp-content/uploads/2022/07/2022.07\\_Joint-Letter-by-18-Industry-Associations-on-REDII-DA.pdf](https://hydrogeneurope.eu/wp-content/uploads/2022/07/2022.07_Joint-Letter-by-18-Industry-Associations-on-REDII-DA.pdf). Simili preoccupazioni erano già state manifestate dall'associazione Gas Infrastructure Europe, *GIE Position paper on the additionality principle*, dicembre 2021, accessibile al link [www.gie.eu/wp-content/uploads/filr/5622/GIE\\_Position\\_Paper\\_on\\_the\\_Additionality\\_Principle.pdf](http://www.gie.eu/wp-content/uploads/filr/5622/GIE_Position_Paper_on_the_Additionality_Principle.pdf).

<sup>18</sup> Cfr. M. FEHLING, *Energy Transition in the European Union and its Member States: Interpreting Federal Competence Allocation in the Light of the Paris Agreement*, in *Transnational Environmental Law*, vol. 10, n. 2, 2021, p. 339 ss.

<sup>19</sup> Sentenza della Corte del 21 giugno 2018, causa C-5/16.

<sup>20</sup> Paragrafo 43.

contenuto di tale atto, o in deroga a questi ultimi”<sup>21</sup>. La clausola può essere attivata solo “se risulta dallo scopo e dal contenuto di quest’ultimo che il risultato principale perseguito da tale atto consiste nell’aver una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell’approvvigionamento energetico del medesimo”<sup>22</sup>. La dottrina ha commentato questa restrizione della discrezionalità degli Stati membri nella determinazione del proprio *mix* energetico come una evidente presa di posizione della Corte rispetto alla gestione della transizione verde: la Corte sembra voler assicurare all’Unione il potere di “dettare il ritmo” della transizione<sup>23</sup> stessa, anche a scapito – parzialmente – della sovranità nazionale.

In ogni caso, la rigidità del regolamento delegato potrebbe disincentivare le attività di investitori e produttori e soffocare lo sviluppo dell’industria emergente dell’idrogeno. Hydrogen Europe manifesta la sua preoccupazione soprattutto in merito alla non competitività dell’idrogeno europeo. Con una lettera indirizzata alla Presidente Von Der Leyen del 5 settembre 2022, l’associazione sostiene che l’atto delegato, così formulato, sarebbe dannoso per il buon lavoro svolto finora per promuovere l’idrogeno rinnovabile in Europa: le regole dell’atto delegato sono sproporzionate e “renderanno l’idrogeno rinnovabile europeo insufficiente per le esigenze dell’industria e non competitivo rispetto all’idrogeno rinnovabile extraeuropeo”. La lettera mette a confronto il regolamento delegato europeo con lo US Inflation Reduction Act, che invece presenta un piano concreto volto ad aumentare la produzione di tutte le forme di idrogeno pulito attraverso regole semplici e condizioni incentivanti per produttori e investitori<sup>24</sup>.

In particolare, la correlazione oraria non appare idonea a soddisfare la domanda delle industrie che richiedono un approvvigionamento energetico continuo, potendosi creare pericolosi momenti di inefficienza sulla base delle condizioni meteorologiche o dell’assenza di sistemi di stoccaggio<sup>25</sup>. Peraltro, poiché l’obiettivo vincolante dell’Unione deve essere verificato di

<sup>21</sup> Paragrafo 42.

<sup>22</sup> Paragrafo 46.

<sup>23</sup> J. VAN ZEBEN, L. DE ALMEIDA, M. ALESSANDRINI, *Stress-testing the European green deal: the ‘securitisation’ of energy, food and climate*, in *eulawlive.com*, n. 106, 2022, p. 6.

<sup>24</sup> Hydrogen Europe, *Lettera alla Presidente Von der Leyen*, 25 agosto 2022, accessibile al link [hydrogeneurope.eu/wp-content/uploads/2022/09/Letter-VDL-b5ee6db11da31699752b81615f88fe41.pdf](https://hydrogeneurope.eu/wp-content/uploads/2022/09/Letter-VDL-b5ee6db11da31699752b81615f88fe41.pdf)

<sup>25</sup> *Ivi*.



anno in anno e poiché la RED II non menziona alcuna correlazione oraria, non sarebbe preclusa in astratto una verifica della produzione addizionale di energia da fonti rinnovabili su un periodo pari ad un anno<sup>26</sup> (o in segmenti inferiori, ad esempio un trimestre o un semestre).

##### 5. *La RED III emendata dal Parlamento: il nuovo art. 27(3)*

Il quadro si è ulteriormente complicato con l'approvazione da parte del Parlamento europeo nella seduta plenaria del 13 settembre 2022 di una serie di emendamenti<sup>27</sup> apportati alla proposta di revisione<sup>28</sup> della RED II. In particolare, l'art. 27, nella versione predisposta dal Parlamento contiene una nuova disciplina dei requisiti di correlazione temporale e geografica.

Per quanto riguarda il requisito di correlazione temporale, la nuova versione della direttiva prevede che essa debba essere computata su base trimestrale e, a partire dal 1° gennaio 2030, su base mensile, trimestrale o annuale (previa valutazione della Commissione), superando la rigidità di una correlazione oraria.

Anche per quanto riguarda l'ubicazione dell'elettrolizzatore sono state previste regole più flessibili, dovendo essere soddisfatta almeno una delle seguenti condizioni: (a) l'impianto che genera elettricità da fonti rinnovabili ai sensi del PPA deve essere situato nello stesso paese dell'elettrolizzatore o in un paese vicino; oppure (b) l'impianto che genera elettricità rinnovabile ai sensi del PPA deve essere situato in una zona di offerta *offshore* adiacente al paese in cui è situato l'elettrolizzatore o in un paese limitrofo.

Infine, è stata eliminata la clausola di addizionalità in senso stretto che richiedeva che la produzione di idrogeno rinnovabile fosse alimentata solo da impianti di energia rinnovabile di nuova costruzione.

Il Parlamento europeo ha dunque preferito disciplinare i requisiti per

<sup>26</sup> A. POTOTSCHNIG, *Renewable hydrogen and the "additionality" requirement: why making it more complex than is needed?*, in *Policy Briefs* (Florence School of Regulation), n. 36, 2021.

<sup>27</sup> Emendamenti del Parlamento alla proposta della Commissione sulla modifica della direttiva 2018/2001, 14 settembre 2022, COD 2021/0218.

<sup>28</sup> COM (2021) 557 final, del 14 luglio 2021, proposta di direttiva. Si noti che la proposta di revisione della direttiva, tra le altre cose, amplia l'ambito operativo dell'art. 27 a tutti i settori applicativi dell'idrogeno e degli altri carburanti. Il nuovo art. 27 è infatti rubricato: "Calculation rules in the transport sector and with regard to renewable fuels of non-biological origin regardless of their end use".

la produzione di idrogeno in modo più flessibile. I principali *stakeholders* della filiera hanno celebrato il voto del Parlamento come quello di una “giornata storica per l’idrogeno”<sup>29</sup> e Markus Pieper, il parlamentare relatore responsabile della revisione della direttiva, ha dichiarato in occasione della conferenza stampa successiva al voto di aver lanciato un chiaro messaggio alla Commissione: “non è necessario rendere la transizione energetica così complicata e costosa. Non abbiamo bisogno di idrogeno placcato in oro. Abbiamo bisogno di idrogeno adesso”.

Degna di nota è però la lieve discrepanza tra il numero di voti a favore (314) e contrari (310), indice della sussistenza di una spaccatura istituzionale non solo tra la Commissione e il Parlamento ma all’interno al Parlamento stesso e quindi della delicatezza politica del tema.

#### 6. *Delegare o non delegare? Possibili scenari*

Nonostante la posizione espressa dal Parlamento il 14 settembre 2022 abbia fatto emergere la necessità di stabilire regole flessibili per la produzione di idrogeno, il dibattito interistituzionale in ambito europeo è ancora aperto. Da una parte c’è la RED III come emendata dal Parlamento (e che è attualmente oggetto di negoziati interistituzionali); dall’altra c’è la bozza del regolamento delegato predisposta dalla Commissione.

Per individuare i possibili scenari futuri, è utile ricostruire l’iter di adozione di un atto delegato in base al dettato dell’art. 290 TFUE e alla luce della Convenzione d’intesa sugli atti delegati (allegata all’Accordo interistituzionale “Legiferare meglio”). È noto che tale iter si articola nella preparazione dell’atto delegato, nell’adozione dell’atto delegato da parte della Commissione, nell’esercizio dei poteri di obiezione da parte del Parlamento e del Consiglio e nella eventuale pubblicazione. In qualsiasi momento è fatto salvo il potere di revocare la delega.

In virtù della delega contenuta nell’atto base (in questo caso, l’art. 27(3) RED II), la Commissione procede ad elaborare il progetto dell’atto delegato, consultando gruppi di esperti designati dagli Stati membri. In tale fase possono avere luogo anche le consultazioni pubbliche con gli *stakeholders* (nel caso di specie, la consultazione si è svolta tra il 20 maggio e il 17 giugno 2022, con la ricezione di 337 commenti). La Commissione deve

<sup>29</sup> Hydrogen Europe, Comunicato stampa del 14 settembre 2022, accessibile al link <https://hydrogeneurope.eu/historical-day-for-green-hydrogen/>.

garantire la trasmissione tempestiva e simultanea dei progetti di atti delegati e degli altri documenti pertinenti al Parlamento europeo e al Consiglio. Dopo che la Commissione ha adottato l'atto delegato, quest'ultimo è esaminato dal Parlamento e dal Consiglio, i quali dispongono solitamente di due mesi di tempo per sollevare obiezioni.

L'atto di base può autorizzare la Commissione a adottare atti delegati per un periodo determinato o indeterminato. L'art. 27(3) RED II indicava quale termine il 31 dicembre 2021. In realtà, la Convenzione d'intesa precisa che anche laddove sia prefissata una scadenza, si dovrebbe in linea di principio prevedere un rinnovo automatico di quel termine per periodi di identica durata, fatta salva la possibilità del Parlamento o del Consiglio di opporsi al rinnovo fino a tre mesi prima di quella scadenza<sup>30</sup>. Tale previsione rappresenta un compromesso tra la funzione di semplificazione propria del processo di delega legislativa e la lettera dell'art. 290, che prevede espressamente l'indicazione della durata della delega<sup>31</sup>.

L'*iter* per l'adozione di un atto delegato può sfociare in tre esiti diversi<sup>32</sup>. Se non vengono sollevate obiezioni, il regolamento entra in vigore; se vengono sollevate obiezioni, il regolamento non può entrare in vigore; in un terzo caso, il Parlamento e il Consiglio scelgono di revocare la delega<sup>33</sup>. La revoca abroga la delega con effetto *ex nunc*, mentre l'obiezione impedisce l'entrata in vigore del solo atto proposto dalla Commissione<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Punto n. 17 della Convenzione d'intesa.

<sup>31</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020, p. 225.

<sup>32</sup> Accanto alle ipotesi "ordinarie" di esercizio della delega, la Convenzione d'intesa descrive anche una "procedura d'urgenza" (punti 20-23), che dovrebbe essere riservata a casi eccezionali, quali le questioni di sicurezza, la protezione della salute e della sicurezza, o le relazioni esterne, comprese le crisi umanitarie. Il Parlamento europeo e il Consiglio dovrebbero giustificare la scelta della procedura d'urgenza nell'atto di base. Gli atti delegati adottati con procedura d'urgenza entrano in vigore immediatamente e restano applicabili fintanto che non venga sollevata alcuna obiezione entro il termine indicato nell'atto di base. In caso di opposizione, la Commissione abroga l'atto immediatamente a seguito della notifica della decisione con la quale il Parlamento europeo o il Consiglio hanno sollevato obiezioni.

<sup>33</sup> In questi ultimi due casi, il Parlamento vota a maggioranza dei membri che lo compongono e il Consiglio vota a maggioranza qualificata. La revoca della delega può essere effettuata in qualsiasi momento durante il periodo per il quale è stato conferito alla Commissione il potere di adottare atti delegati. La differenza con procedura prevista per sollevare obiezioni è data dal fatto che non è necessario che un atto delegato sia presentato dalla Commissione.

<sup>34</sup> R. BARATTA, *Commento all'art. 290 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2276 ss.

Ad oggi il regolamento delegato non è stato adottato<sup>35</sup> e la delega *ex* art. 27 RED II non è stata revocata (sarebbe il primo caso di revoca di una delega ai sensi del 290 TFUE in quanto tale potere non è mai stato esercitato<sup>36</sup>). È evidente, pertanto, che la modifica dell'art. 27 ad opera del Parlamento europeo costituisce una variazione imprevista rispetto all'*iter* di cui sopra, apparentemente lineare. Da questa prospettiva, considerando la mancata cooperazione tra le istituzioni, che sono tenute a “mantenere opportuni contatti a livello amministrativo” lavorando in modo trasparente, è facile nutrire dei dubbi a proposito dell'effettivo rispetto della Convenzione d'intesa sugli atti delegati e, più in generale, degli standard del “legiferare meglio”.

Quali scenari si prospettano? Formalmente è ancora possibile l'adozione del regolamento delegato da parte della Commissione ma è facile intuire che il Parlamento muoverebbe delle obiezioni<sup>37</sup>. Piuttosto, conviene considerare i possibili esiti dei negoziati interistituzionali aventi ad oggetto la RED III.

Se al termine dei negoziati il nuovo art. 27(3) RED III non dovesse subire ulteriori modifiche, di fatto verrebbe meno la delega per la Commissione, con la conseguenza che i tre requisiti saranno disciplinati non più all'interno di un regolamento delegato ma all'interno della RED III. In un caso, si avrebbe un regolamento delegato direttamente applicabile negli Stati membri, nell'altro, si avrebbe una direttiva da dover recepire nei ventisette ordinamenti nazionali, con un rischio di tempi molto lunghi ma soprattutto di una frammentazione normativa<sup>38</sup>. Probabilmente, proprio per

<sup>35</sup> Lo stato di avanzamento del progetto di regolamento delegato è aggiornato all'interno del “Registro interistituzionale degli atti delegati e degli atti di esecuzione”, accessibile al seguente link [webgate.ec.europa.eu/regdel/#/delegatedActs/1421?lang=en](https://webgate.ec.europa.eu/regdel/#/delegatedActs/1421?lang=en).

<sup>36</sup> In base ai dati riportati nel “Registro interistituzionale degli atti delegati e degli atti di esecuzione”, in sole venti occasioni il Parlamento e il Consiglio hanno sollevato obiezioni. Si veda [webgate.ec.europa.eu/regdel/#/delegatedActs?lang=en](https://webgate.ec.europa.eu/regdel/#/delegatedActs?lang=en) (filtrare la ricerca impostando lo status dell'atto come “respinto”).

<sup>37</sup> È possibile che anche il Consiglio muova delle obiezioni, specialmente se si considera la posizione espressa in occasione il 10 ottobre 2022 come riportata nel *four-column document* dei triloghi: sembra che il Consiglio ritorni alla impostazione originaria presentata dalla Commissione, non avallando la posizione recentemente manifestata dal Parlamento. Il documento è accessibile al link [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_13372\\_2022\\_INIT&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_13372_2022_INIT&from=EN).

<sup>38</sup> Cfr. S. HANDKE, *Harmonising oversight of the EU low carbon power transition*, in A. VANHELLEMONT, B. VANHEUSDEN, T. ILIOPOULOS (eds.), *Harmonisation in EU environmental and energy law*, Cambridge, 2022. L'autrice evidenzia l'importanza del corretto re-

queste ragioni Hydrogen Europe, a seguito del voto del Parlamento, ha chiesto alla Commissione di procedere rapidamente con l'adozione del regolamento delegato, sostenendo che "l'industria dell'idrogeno rinnovabile non può permettersi di aspettare altri tre mesi per avere regole di produzione, né di affrontare un mosaico di regole nazionali derivanti dal recepimento della RED che ostacolerebbero il commercio tra Paesi e comprometterebbero gli investimenti"<sup>39</sup>.

Non si può trascurare infatti il dato per cui il processo di recepimento della direttiva RED II è avvenuto con numerose difficoltà: gli Stati membri hanno trasposto la direttiva non solo in ritardo rispetto al termine prefissato<sup>40</sup> ma anche in modo incompleto o impreciso, realizzando nei singoli ordinamenti nazionali proprio quel *patchwork* paventato da Hydrogen Europe.

Quindi, per quanto sia apprezzabile il fatto che il Parlamento abbia lanciato un chiaro messaggio alla Commissione nel senso del semplificare, snellire e rendere flessibili le regole per la produzione di idrogeno, sarebbe preferibile raggiungere un compromesso politico per l'adozione di un regolamento delegato piuttosto che disciplinare questi tre requisiti all'interno della direttiva.

L'*impasse* in cui si trovano le istituzioni europee sembra costituire l'effetto di una recente tendenza della Commissione a rivedere ed aggiornare freneticamente il quadro normativo rilevante per la transizione eco-

cepimento delle direttive in materia ambientale ed energetica e della fondamentale opera armonizzatrice degli Stati membri: "Since the inclusion of environmental and social concerns in the Energy Union exceeds the scope of past EU legislation on electricity, the member States' harmonization task becomes extensive and multi focused. The extent to which legislation in this regard will be harmonized will have a major impact on the character of the Energy Union".

<sup>39</sup> Hydrogen Europe, Lettera alla Presidente Ursula von der Leyen, al Ministro dell'Industria e del commercio Jozef Sikela e al parlamentare Markus Pieper, 6 ottobre 2022, accessibile al link [hydrogeneurope.eu/wp-content/uploads/2022/10/2022.10.6\\_Industry-letter-on-RFNBO-DA.pdf](https://hydrogeneurope.eu/wp-content/uploads/2022/10/2022.10.6_Industry-letter-on-RFNBO-DA.pdf).

<sup>40</sup> Il termine per il recepimento nazionale era il 30 giugno 2021. Alla data di presentazione della proposta di revisione della RED II (14 luglio 2021), la stessa direttiva non era stata ancora recepita da nessuno Stato membro. I dettagli relativi alle lettere di messa in mora trasmesse dalla Commissione agli Stati membri ai sensi dell'art. 258 TFUE e 260(3) TFUE sono accessibili al seguente link: [ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement\\_decisions/index.cfm?lang\\_code=EN&typeOfSearch=false&active\\_only=0&noncom=0&r\\_dossier=&decision\\_date\\_from=&decision\\_date\\_to=&DG=ENER&title=2018%2F2001%0D%0A&submit=Search](https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/index.cfm?lang_code=EN&typeOfSearch=false&active_only=0&noncom=0&r_dossier=&decision_date_from=&decision_date_to=&DG=ENER&title=2018%2F2001%0D%0A&submit=Search).

gica ed energetica, evidentemente al fine di accelerare la transizione stessa<sup>41</sup>. Tali revisioni – in tema di infrastrutture energetiche transeuropee, reti transeuropee dei trasporti, tassazione energetica, infrastruttura per i combustibili alternativi, emissioni industriali – sono dettate non solo dalla necessità di garantire un adeguamento alle novità tecnologiche applicabili al settore energetico ma soprattutto dall’esigenza di assicurare un adeguamento ai sempre più ambiziosi standard di promozione delle fonti di energie rinnovabili e di riduzione del cambiamento climatico (si potrebbe parlare di un climax dei target, da quelli originariamente previsti nel Green Deal, a quelli contenuti nel Pacchetto “Fit for 55”, fino al piano Repower EU). Nel caso di specie, la proposta di revisione della RED II è stata pubblicata a soli pochi giorni di distanza dalla scadenza del termine per il recepimento nazionale e si poteva immaginare che inevitabilmente si sarebbero manifestate delle incongruenze tra il nuovo testo della direttiva e l’esercizio dei poteri di delega contenuti nella direttiva stessa.

In attesa della conclusione dei negoziati interistituzionali sulla RED III o dell’adozione del regolamento delegato, sarebbe auspicabile il raggiungimento di un compromesso politico nel più breve tempo possibile per consentire di accelerare la transizione verso una *hydrogen economy*.

<sup>41</sup> Gli atti di diritto europeo derivato rilevanti per la transizione verde e attualmente soggetti a revisione (oltre alla RED II) sono ad esempio: proposta di regolamento del 15 dicembre 2020, COM (2020) 824 final; proposta di regolamento del 14 dicembre 2021, COM(2021) 812 final; proposta di direttiva del 14 luglio 2021, COM(2021) 563 final; proposta di regolamento del 14 luglio 2021, COM(2021) 559 final; proposta di direttiva del 5 aprile 2022, COM (2022), 156 final.



## **Note e commenti**





INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA IN POLONIA: BREVI  
NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA *GETIN NOBLE BANK S.A.*

**Emanuela De Falco\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Procedimento principale e questioni pregiudiziali. – 3. La valutazione di merito della Corte di giustizia sulle questioni pregiudiziali. – 4. Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali: il difficile bilanciamento fra dialogo tra giudici e indipendenza giudiziaria. – 5. Indipendenza giudiziaria ai sensi dell'articolo 19 TUE, degli articoli 47 e 48 della Carta e ai sensi dell'articolo 267 TFUE: da equivalenza a separazione. – 6. Considerazioni finali.

1. *Introduzione*

Il 29 marzo 2022, la grande sezione della Corte di giustizia ha pronunciato la sentenza nella causa *Getin Noble Bank S.A.*<sup>1</sup> (in prosieguo: la sentenza in commento), a seguito di un rinvio pregiudiziale proposto dalla Sezione civile della Corte suprema polacca<sup>2</sup> (in prosieguo: il giudice del rinvio), fornendo alcuni interessanti spunti sulla complessa ed attualissima questione dell'indipendenza della magistratura in Polonia.

In particolare, la Corte di giustizia, in linea con le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek<sup>3</sup>, ha statuito che il semplice fatto che un organo giudiziario comprenda un giudice nominato da un organo esecutivo nell'ambito di un sistema totalitario, antidemocratico e comunista, qual è stata la Repubblica Popolare di Polonia<sup>4</sup>, non mette in

\* Dottoranda di ricerca in “EU Law and Circular Economy” presso Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli “Parthenope”.

<sup>1</sup> Sentenza della Corte del 29 marzo 2022, causa C-132/20, *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*

<sup>2</sup> Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Sąd Najwyższy (Polonia) il 10 marzo 2020 – *BM, DM, EN c. Getin Noble Bank S.A.*, causa C-132/20.

<sup>3</sup> La Corte di giustizia riprende, in buona parte, le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek. Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Bobek, dell'8 luglio 2021, causa C-132/20, *BN, DM, EN c. Getin Noble Bank S.A.*, punto 126.

<sup>4</sup> La Repubblica Popolare di Polonia (RPP) venne proclamata nel 1952 e decadde nel 1989. Come si vedrà in seguito, tale giudice è stato nominato nel 1978, durante il governo di

discussione l'indipendenza e l'imparzialità di tale organo giudiziario<sup>5</sup>.

La sentenza in commento si inserisce nel contesto del “cortocircuito” esistente in Polonia tra gli organi giudiziari polacchi<sup>6</sup>. Infatti, a partire dal 2017 la Polonia attraverso una riforma legislativa ha istituito un nuovo regime disciplinare per i giudici del *Sąd Najwyższy* (Corte suprema, Polonia) che ha di fatto reso il potere giurisdizionale subalterno al potere esecutivo<sup>7</sup>.

Sulla base di tali circostanze, il presente contributo intende affrontare le preoccupazioni sollevate dal Mediatore polacco<sup>8</sup>, nell'ambito delle osservazioni presentate alla Corte nella presente causa, analizzando la *ratio* che ha condotto alla sentenza in commento, con particolare attenzione alle garanzie dell'indipendenza e dell'imparzialità della magistratura richieste

Gierek. In quel periodo, la Polonia presentava uno scenario caratterizzato da una corruzione dilagante. Per un approfondimento sulla storia della RPP, si rimanda a B. PORTER, *A Concise History of Poland*. By Jerzy Lukowski and Hubert Zawadzki, Cambridge, 2001.

<sup>5</sup> Sentenza *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, cit., punto 132.

<sup>6</sup> In Polonia si assiste ad un fenomeno di “bipolarismo” del sistema giudiziario: alcuni giudici sono in linea con le posizioni dell'attuale governo; altri contestano le riforme del sistema giudiziario che il governo ha approvato. Sul punto è degna di nota la lettera firmata da alcuni giudici in opposizione alla decisione del Tribunale costituzionale: *Statement by Retired Judges of the Constitutional Tribunal on the the Constitutional Tribunal Judgment in case K 7/21*, in *verfassungsblog.de*, 14 March 2022. Rispetto ai giudici “vicini” alle posizioni del PiS, si rimanda a: D. KALAN, *Poland's top judge inflames with rulings and political ties. She insists she's independent*, in *Politico*, 18 July 2022.

<sup>7</sup> M. LANOTTE, *L'approvazione del PNRR polacco da parte della Commissione: una scelta (non) condivisibile? Le tensioni nelle e tra le istituzioni europee*, in *BlogDUE*, 2 settembre 2022. Per un approfondimento sul tema, si rimanda altresì a: P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, n. 8, 2020, p. 195 ss.; M. CARTA, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito all'inadempimento agli obblighi previsti dagli articoli 2 e 19 TUE: evolutionary or revolutionary road per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2020; W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019, p. 58 ss.; [www.academic.oup.com/book/35012](http://www.academic.oup.com/book/35012); P. MORI, *Il rispetto dello Stato di diritto: “affari interni” o questione europea? I nuovi meccanismi di controllo dell'Unione alla prova della Polonia*, in *federalismi.it*, n. 25, 2016.

<sup>8</sup> Sentenza *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, cit., punto 62. Il Mediatore polacco e la Commissione europea avevano chiesto di dichiarare irricevibili le domande di pronuncia pregiudiziale poste dal giudice del rinvio. Ciò in quanto, a loro avviso, le gravi carenze in termini di garanzia ed indipendenza della magistratura in Polonia non avrebbero consentito di qualificare la Corte suprema polacca come “organo giurisdizionale” ai sensi del diritto dell'Unione. Per maggiori dettagli, si rinvia in seguito.

dagli articoli 19 TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel contesto della ricevibilità delle ordinanze di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE<sup>9</sup>.

## 2. *Procedimento principale e questioni pregiudiziali*

Nel procedimento innanzi alla Corte suprema polacca (in prosieguo: il procedimento principale), le parti ricorrenti, avevano asserito l'iniquità di una clausola di indicizzazione in un contratto di prestito concluso con la *Polish Bank Getin Noble Bank*<sup>10</sup>.

La Corte d'appello polacca (Wrocław) ha dato parzialmente ragione ai consumatori. Contro la sentenza d'appello è stato presentato ricorso per cassazione davanti alla Sezione civile della Corte Suprema polacca che ha sollevato d'ufficio un problema di ricevibilità del ricorso per cassazione<sup>11</sup>.

Le riserve del giudice del rinvio riguardavano la presenza nel collegio giudicante della Corte d'appello polacca di un giudice nominato sotto il regime comunista e di altri due giudici nominati sulla base di una legge poi dichiarata incostituzionale<sup>12</sup>. Tali giudici, in particolare, non avrebbero soddisfatto<sup>13</sup> i requisiti di indipendenza e imparzialità e quindi del diritto alla garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva.

Più precisamente, uno dei tre giudici del collegio in appello, era stato nominato giudice per la prima volta nel 1978 e promosso nel 1984 dal Consiglio di Stato della Repubblica popolare di Polonia. Nel 1998, nella Polonia post-sovietica, lo stesso giudice era stato promosso alla Corte

<sup>9</sup> C. CINNIRELLA, *You cannot bet something with nothing: ossia la strategia della Corte di giustizia per tutelare l'indipendenza dei giudici nazionali (e lo Stato di diritto) nello spazio giuridico europeo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2020, p. 361 ss. Per una disamina più dettagliata dello strumento del rinvio pregiudiziale, si rimanda a F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020.

<sup>10</sup> In sostanza, le parti ricorrenti lamentavano una violazione dell'articolo 385, paragrafo 1, dell'*ustawa – Kodeks cywilny* (legge recante approvazione del codice civile), del 23 aprile 1964 (Dz. U. del 1964, n. 16), nella versione applicabile al procedimento principale, "in quanto non riconosce che il carattere abusivo della clausola di indicizzazione prevista nel contratto controverso nel procedimento principale rende l'insieme del meccanismo di indicizzazione previsto da tale contratto inapplicabile tra le parti". Cfr. sentenza *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, cit., punto 31.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Ivi*, punti 41-43.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

d'appello su proposta della *Krajowa Rada Sądownictwa*<sup>14</sup>, il Consiglio nazionale della magistratura polacco (in prosieguo: il CNM polacco); invece, gli altri due membri del collegio erano stati nominati dal CNM polacco rispettivamente nel 2012 e nel 2015, ossia nel periodo durante il quale lo stesso CNM non aveva agito in modo trasparente, stando al Tribunale costituzionale polacco<sup>15</sup>.

Pertanto, il giudice del rinvio non aveva potuto sottacere<sup>16</sup> alla circostanza che la Corte di giustizia, in ossequio alla sua giurisprudenza, *A. K. e a.*<sup>17</sup>, aveva sostenuto “che [il CNM polacco] non era un organo imparziale e indipendente dal potere legislativo e dal potere esecutivo [...]”<sup>18</sup>. Infatti, è proprio su quest'ultimo punto che il giudice del rinvio aveva avvertito l'incompatibilità con una delibera emessa l'8 gennaio 2020 dalla Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte suprema polacca, dalla quale risulta che nei casi di ricorso diretto contro una delibera

<sup>14</sup> L'articolo 179 della Costituzione Polacca recita: “I giudici sono nominati dal presidente della Repubblica, su proposta [del CNM polacco], per un periodo di tempo indeterminato”.

<sup>15</sup> Il Tribunale costituzionale polacco, infatti, ha dichiarato incostituzionale la composizione del CNM polacco. Cfr. sentenza del Trybunał Konstytucyjny del 20 giugno 2017, *Wyrok K 5/17*; si rimanda anche a A. WÓJCIK, *Keeping the Past and the Present Apart: The CJEU, the Rule of Law Crisis, and Decommunization, in verfassungsblog.de*, 26 April 2022.

<sup>16</sup> Si fa riferimento alla difficoltà per i giudici polacchi di operare il rinvio, siccome le autorità polacche, conformemente alla disciplina prevista dalla c.d. *muzzle law*, hanno cercato di scoraggiare i giudici dall'applicare la sentenza *A.K.* Rileva, ad esempio, la sospensione del giudice Paweł Juszczyszyn (nonostante l'ultimatum del presidente della Commissione europea al governo polacco secondo cui i giudici sospesi illegalmente devono essere reintegrati). Si rimanda a A. WÓJCIK, *op. cit.*

<sup>17</sup> Cfr. sentenza della Corte del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e a. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)*, punti 133-135; sentenza della Corte del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B.*, punti 122 e 123; sentenza della Corte del 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblica c. Il-Prim Ministru*, punto 56 e ss. Nel dettaglio, la Corte di giustizia ha chiarito che il semplice fatto che i giudici siano nominati da un membro dell'esecutivo o legislativo, non solleva di per sé preoccupazioni circa la loro indipendenza e imparzialità, se, una volta nominati, sono liberi da influenze e pressioni nell'esercizio delle loro funzioni e se la procedura di nomina è tale da non poter suscitare ragionevoli dubbi sull'indipendenza dei giudici che vengono nominati.

<sup>18</sup> Sentenza *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, cit., punti 46 e 47. Nella stessa pronuncia, la Corte di giustizia aveva altresì operato un'altra valutazione, importante ma non direttamente pertinente all'oggetto del presente commento: (...) “che la Sezione disciplinare della Corte suprema non era un organo giurisdizionale, ai sensi del diritto dell'Unione o del diritto nazionale”.

del CNM polacco che riguardi un candidato alla carica di giudice, la Corte suprema polacca è tenuta ad annullare la delibera del CNM polacco “soltanto in due ipotesi, vale a dire nel caso in cui il ricorrente dimostri che la parzialità [del CNM polacco] ha avuto un’incidenza sul contenuto della delibera suddetta, oppure [...] nel caso in cui il ricorrente dimostri che l’organo giurisdizionale nel quale siede il giudice in questione [cioè, il candidato alla carica di giudice] non è imparziale e indipendente”<sup>19</sup>.

Ebbene, è alla luce di tali considerazioni che il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di giustizia se la Corte d’appello polacca, in questa composizione, possa essere considerata un giudice indipendente<sup>20</sup>, conformemente alla direttiva 93/13 e dagli artt. 19 TFUE e 47 della Carta<sup>21</sup>.

Inoltre, rileva che nell’ambito del procedimento che ha condotto alla sentenza in commento, così come in altre precedenti occasioni<sup>22</sup>, il Mediatore polacco ha presentato delle osservazioni, nelle quali ha sostenuto che “[il giudice del rinvio] non può essere qualificato come «organo giurisdizionale», ai sensi del diritto dell’Unione”<sup>23</sup>, in quanto il giudice del rinvio era stato nominato con una delibera del CNM polacco, nella sua attuale composizione, che pone problemi di rispetto degli standard di indipenden-

<sup>19</sup> *Ibidem*, punto 48.

<sup>20</sup> Sentenza *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, cit., punto 49.

<sup>21</sup> Cfr. art. 19 (paragrafo 1, secondo comma) TUE; art. 47 (primo e secondo comma) Carta dei diritti fondamentali dell’UE; art. 7, paragrafi 1 e 2, della direttiva 1993/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, relativa alle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, [www.data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj](http://www.data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj).

<sup>22</sup> *Supra*, nota 6.

<sup>23</sup> Sentenza *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, cit., punto 62. Rispetto alla nozione di “organo giurisdizionale”, si rimanda alla sentenza della Corte del 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio*. Inoltre, sempre il Mediatore Polacco e la Commissione europea hanno sostenuto nella sentenza in commento che la Corte suprema polacca non soddisfa “i due criteri essenziali per rivestire il carattere di una «giurisdizione», ai sensi dell’articolo 267 TFUE, ossia il fatto di essere costituito in forza di legge e il fatto di essere indipendente e imparziale” e che la stessa Corte suprema non è conforme al requisito dell’essere un “giudice precostituito per legge”, secondo l’articolo 19, paragrafo 1, TUE e l’articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Si rinvia altresì a: sentenza *A.K. e altri*, cit.; sentenza della Corte del 26 marzo 2020, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX, *Simpson e HG*. Inoltre, si rimanda alla giurisprudenza della Corte EDU: sentenza della Corte EDU del 1° dicembre 2020, ric. n. 26374/18, *Ástráðsson c. Islanda*, punto 212. In dottrina, si rimanda a 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*, vol. 16, n. 2, 2022, p. 10 ss.

za. La delibera di nomina del CNM era stata sospesa dalla Corte Suprema amministrativa polacca, ma il Presidente della Repubblica di Polonia aveva comunque proceduto alla nomina di quel giudice<sup>24</sup>. Sulla base di tale circostanza, il Mediatore polacco ha chiesto alla Corte di giustizia di dichiarare irricevibili le domande di pronuncia pregiudiziale presentate dal giudice del rinvio.

### 3. *La valutazione di merito della Corte di giustizia sulle questioni pregiudiziali*

Mi sembra anzitutto opportuno ricordare come la Corte di giustizia si è pronunciata sulle questioni di merito sollevate. Il problema della ricevibilità, su cui intendo soffermarmi, verrà esaminato in seguito.

In primo luogo, nel fugare i dubbi sollevati dal giudice del rinvio rispetto al procedimento che ha condotto alla nomina dei giudici componenti il collegio in appello, la Corte di giustizia ha sottolineato che “non qualsiasi errore che può intervenire nel corso della procedura di nomina di un giudice è idoneo a far sorgere un dubbio in merito all’indipendenza e all’imparzialità di tale giudice”. La Corte ha osservato che il giudice del rinvio, non ha fornito prove concrete del perché le circostanze della nomina iniziale di un giudice, che è stato mantenuto in carica dopo la fine di tale regime totalitario, avrebbero giustificato dubbi legittimi e seri, nella mente dei singoli, quanto all’indipendenza e all’imparzialità di tale giudice<sup>25</sup>.

Inoltre, quanto ai giudici della Corte d’appello polacca nominati sulla base di una legge poi dichiarata incostituzionale, la Corte di giustizia ha stabilito che non era chiaro in che modo tali circostanze avrebbero consentito ad un “organismo qualsivoglia” di esercitare oggi un’indebita influenza sul giudice componente il collegio in appello<sup>26</sup>. Per giunta, le stesse disposizioni legislative dichiarate incostituzionali dal Tribunale costituzionale polacco con sentenza del 20 giugno 2017 non concernevano l’indipendenza del CNM polacco, quanto piuttosto “il carattere individuale del mandato dei membri [del CNM polacco] nonché le regole di ripartizione sulla cui base tali membri venivano selezionati in seno agli organi giurisdizionali po-

<sup>24</sup> Sentenza *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, cit., punto 67.

<sup>25</sup> Sentenza *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, cit., punti 105, 123 e 129.

<sup>26</sup> *Ivi*, punto 106.

lacchi”<sup>27</sup>; per questo motivo, secondo la Corte di giustizia, la pronuncia del Tribunale costituzionale polacco non poteva “di per sé sola, portare a mettere in dubbio l’indipendenza di tale organo, né può dunque far nascere, negli amministratori, dubbi in merito all’indipendenza dei giudici in questione rispetto ad elementi esterni”<sup>28</sup>.

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha fatto riferimento ai criteri di adesione all’Unione europea<sup>29</sup> e all’articolo 49 TUE<sup>30</sup> e ha affermato che, dopo l’adesione della Polonia all’Unione europea (avvenuta nel 2004), il sistema giudiziario di questo Paese – e più in generale l’ordinamento giuridico in Polonia – è stato considerato dalla Commissione europea in linea di principio compatibile con il diritto dell’Unione<sup>31</sup>. Pertanto, la Corte di giustizia ha statuito che solo in presenza di circostanze concrete che indicano

<sup>27</sup> *Ivi*, punto 125.

<sup>28</sup> *Ivi*, punto 126.

<sup>29</sup> Consiglio europeo, conclusioni della presidenza, Copenaghen, 21-22 giugno 1993, [www.europarl.europa.eu/enlargement/ec/pdf/cop\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/enlargement/ec/pdf/cop_en.pdf). In sostanza, il vertice di Copenaghen ha stabilito tre criteri formali da soddisfare per diventare membro dell’Unione europea: (1) criterio politico, che concerne la democrazia, il rispetto dello Stato di diritto e la tutela delle minoranze; (2) criterio economico, che riguarda un’economia sana, efficiente e in grado di far fronte alla concorrenza; (3) criterio relativo all’*acquis communautaire*, vale a dire quanto sancito dall’articolo 49 TUE.

<sup>30</sup> Articolo 49 TUE – il cui testo fa esplicito riferimento all’articolo 2 TUE – indica una condizione materiale che il paese candidato deve essere uno “Stato europeo”, da interpretare estensivamente in termini geografici, culturali e politici; dunque, rientrare nel disegno continentale.

<sup>31</sup> Sentenza *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, cit., punto 104. *Ivi*, la Corte di giustizia ha ribadito che la possibilità di aderire all’UE “raggruppa Stati che hanno liberamente e volontariamente aderito ai valori comuni proclamati dall’articolo 2 TUE – e tra questi, il valore rappresentato dallo Stato di diritto – che rispettano tali valori e che si impegnano a promuoverli” (v., in tal senso, sentenza *Repubblika*, cit., punto 61). Più nel dettaglio, con riguardo alla valutazione della conformità dei Paesi candidati all’UE, si segnala la debolezza dei criteri di Copenaghen, nonché l’assenza di un monitoraggio continuo post-adesione con riguardo al rispetto degli obblighi di adesione da parte degli Stati aderenti. Tali carenze hanno giovato quei Paesi che una volta entrati nell’UE ne hanno violato sistematicamente i valori. La medesima Commissione europea è stata criticata per il suo cieco ottimismo e per la sua superficialità nella valutazione della conformità dei Paesi candidati. Si rimanda a D. KOCHENOV, *Behind the Copenhagen Facade. The Meaning and Structure of the Copenhagen Political Criterion of Democracy and the Rule of Law*, in *European Integration Online Papers*, vol. 8, n. 10, 2004, p. 17, [www.ssrn.com/abstract=563743](http://www.ssrn.com/abstract=563743). In particolare, l’Autore sottolinea come: “The Criteria are met even when the Constitutional Court decisions concerning parliamentary election systems are ignored for years, or the Parliament operates so slowly that it does not satisfy even the most urgent needs of the candidate country”.



una mancanza di indipendenza è possibile asserire il pregiudizio alla terzietà e indipendenza dell'organo giudiziario; in caso contrario, "il semplice fatto che un giudice sia stato nominato in un'epoca in cui lo Stato membro di sua appartenenza non costituiva ancora un regime democratico non rimette in discussione l'indipendenza e l'imparzialità [di tale] giudice"<sup>32</sup>.

Dunque, sulla base di queste argomentazioni, la Corte di giustizia ha ritenuto che "l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, l'articolo 47 della Carta, nonché l'articolo 7, paragrafi 1 e 2, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a che venga qualificata come organo giurisdizionale indipendente e imparziale, precostituito per legge" il collegio giudicante della Corte d'appello polacca<sup>33</sup>.

#### 4. *Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali: il difficile bilanciamento fra dialogo tra giudici e indipendenza giudiziaria*

Ai fini del presente contributo meritano particolare attenzione le osservazioni presentate alla Corte di giustizia dal Mediatore polacco, nelle quali quest'organo ha sostenuto la tesi della irricevibilità del rinvio pregiudiziale<sup>34</sup>.

La Corte di giustizia, attraverso un approccio più "formalistico"<sup>35</sup>, ha ritenuto le questioni sollevate dal giudice del rinvio ricevibili<sup>36</sup>. Infatti, la Corte di giustizia avrebbe ritenuto sussistenti i requisiti del rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, sulla base di un criterio presuntivo<sup>37</sup> che prescinde dalla "concreta composizione"<sup>38</sup> dell'organo e che è eccepi-

<sup>32</sup> Sentenza *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, cit., punto 132.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ivi*, punti 61 ss.

<sup>35</sup> *Ivi*, punto 74. Cfr. P. FILIPEK, *Drifting Case-law on Judicial Independence: A Double Standard as to What Is a 'Court' Under EU Law?*, in *verfassungsblog.de*, 13 May 2022.

<sup>36</sup> Sentenza *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, cit., punto 76.

<sup>37</sup> La Corte di giustizia ha sottolineato che "laddove una domanda di pronuncia pregiudiziale promani da un organo giurisdizionale nazionale, si deve presumere che quest'ultimo soddisfi [determinati] requisiti" (*ivi*, punto 69), vale a dire, "tra gli altri, l'origine legale dell'organo considerato, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, il fatto che il suo procedimento si svolga in contraddittorio, l'applicazione, da parte di detto organo, delle norme giuridiche, nonché la sua indipendenza" (*ivi*, punto 66). Inoltre, cfr. sentenza della Corte del 21 febbraio 2020, causa C-274/14, *Banco de Santander*, punto 51).

<sup>38</sup> Sentenza *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, cit., punto 69.

bile solo in presenza di una decisione definitiva nazionale o internazionale che escluda l'indipendenza e la terzietà dell'organo giurisdizionale di uno Stato membro<sup>39</sup>.

La Corte di giustizia ha ritenuto (1) di non essere competente a determinare se il rinvio fosse stato effettuato in conformità con le norme di diritto nazionale<sup>40</sup>, rimettendo tale valutazione ad un tribunale internazionale e (2) di non essere a conoscenza di una decisione definitiva adottata nei confronti del giudice del rinvio. In realtà, il 3 febbraio 2022, la Corte EDU aveva emesso una sentenza, nel caso *Advance Pharma*<sup>41</sup>, la quale ha sancito che la Sezione civile della Corte suprema polacca (il "nostro" giudice del rinvio) non soddisfa i requisiti di un tribunale istituito dalla legge<sup>42</sup> ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione EDU, per cui la procedura per la nomina dei giudici alla Sezione civile è indebitamente influenzata dai poteri legislativo ed esecutivo<sup>43</sup>. Tuttavia, la pronuncia della Corte EDU è divenuta definitiva solo a seguito della sentenza in commento, per cui la condizione ivi prevista è stata soddisfatta solo in un secondo momento, confermando l'inidoneità della Sezione civile della Corte suprema polacca a porre questioni pregiudiziali.

L'approccio adottato dalla Corte di giustizia nella sentenza in commento diverge dalle sue precedenti pronunce. Infatti, mentre nella propria giurisprudenza più risalente<sup>44</sup>, la Corte di giustizia aveva affermato che lo strumento del rinvio pregiudiziale può essere attivato solo da un organo responsabile dell'applicazione del diritto dell'Unione, vale a dire un organo giurisdizionale nazionale in cui rileva una stretta coincidenza tra il principio della tutela giurisdizionale effettiva (articoli 19 TUE e 47 della Carta) e i requisiti del giudice ai fini del procedimento pregiudiziale (articolo 267

<sup>39</sup> *Ivi*, punto 72.

<sup>40</sup> *Ivi*, punto 70.

<sup>41</sup> Sentenza della Corte EDU del 3 febbraio 2022, ric. n. 1469/20, *Advance Pharma sp. z o.o. c. Polonia*, [www.hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-215388](http://www.hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-215388).

<sup>42</sup> Questa pronuncia richiama, altresì, le precedenti sentenze della Corte EDU del 22 luglio 2021, ric. n. 43447/19, *Reczkowicz c. Polonia*; dell'8 novembre 2021, ric. nn. 49868/19 e 57511/19, *Dolińska-Ficek e Ozimek c. Polonia*, che concernono le altre sezioni della Corte suprema polacca.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> Sentenza *Banco de Santander*, cit., punti 55 e 56. Rispetto alla ricevibilità, si rimanda in dottrina a P. IANNUCELLI, *L'indépendance du juge national et la recevabilité de la question préjudicielle concernant sa propre qualité de «jurisdiction»*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2020, p. 823 ss.

TFUE). Invece, nella sentenza in commento, la Corte di giustizia ha rimarcato la funzione del rinvio pregiudiziale che permette di istaurare un “dialogo da giudice a giudice tra la Corte e gli organi giurisdizionali degli Stati membri, [mirando] ad assicurare l’unità di interpretazione del diritto dell’Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l’autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell’ordinamento istituito dai Trattati”<sup>45</sup> e che “gli eventuali vizi che possono aver inficiato la procedura nazionale di nomina [del giudice del rinvio] non sono idonei a determinare l’irricevibilità della presente domanda di pronuncia pregiudiziale”<sup>46</sup>.

Tale nuovo approccio formalistico della Corte di giustizia è stato criticato da parte della dottrina<sup>47</sup>, secondo cui, dichiarando ricevibili le domande pregiudiziali dei giudici nazionali la cui nomina è discutibile, la Corte di giustizia avrebbe preferito preservare il dialogo tra giudici a discapito della tutela del valore della *rule of law* e dell’indipendenza della magistratura<sup>48</sup>.

In particolare, secondo tale opinione, la Corte di giustizia non ha effettuato un’autonoma valutazione rispetto al giudice del rinvio, restringendo il requisito del giudice precostituito per legge alla mera natura giudiziaria della Corte suprema polacca, essendo essa istituita con atto legislativo<sup>49</sup>.

Al contempo, quest’approccio formalistico della Corte di giustizia non

<sup>45</sup> Sentenza *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, cit., punto 71 e giurisprudenza ivi citata. In dottrina, P. FILIPEK, *op. cit.*; inoltre, l’Autore rimanda a L. PECH, S. PLATON, *How Not to Deal with Poland’s Fake Judges’ Requests for a Preliminary Ruling: A critical Analysis of AG Bobek’s Proposal in Case C-132/20*, in *verfassungsblog.de*, 28 July 2021.

<sup>46</sup> Sentenza *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, cit., punto 73. Dunque, la Corte di giustizia ha consentito di avviare un dialogo giudiziario con organi giurisdizionali nazionali nominati in modo irregolare che altrimenti non potrebbero giudicare senza violare il diritto dell’UE e della Convenzione EDU. Sul punto, si rimanda alla giurisprudenza della Corte di giustizia [cfr. sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *van Gend en Loo*, punti 22 e 23; sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*; sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*; sentenza della Corte del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia*; sentenza della Corte del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia*; sentenza della Corte del 6 ottobre 2021, causa C-204/21 R-RAP, *Commissione c. Polonia*].

<sup>47</sup> P. FILIPEK, *op. cit.*

<sup>48</sup> P. BÁRD, D. KOCHENOV, *War as a Pretext to Wave the Rule of Law Goodbye? The Case for an EU Constitutional Awakening*, in *European Law Journal*, 24 May 2022, p. 11.

<sup>49</sup> P. FILIPEK, *op. cit.*

può negare le legittime preoccupazioni<sup>50</sup> suscitate a seguito della istituzione nel 2017 del nuovo regime disciplinare dei giudici in Polonia. Il governo polacco, in maniera pervasiva, ha dirottato sia i processi di nomina che i ricorsi giudiziari, creando così un sistema chiuso<sup>51</sup>: basti pensare alle sentenze<sup>52</sup> della Corte di giustizia con riferimento alle due nuove Sezioni della Corte suprema polacca istituite nel 2018.

Altra dottrina<sup>53</sup>, invece, ha attribuito a questo approccio formalistico della Corte di giustizia la volontà della stessa di non essere coinvolta<sup>54</sup> nelle dinamiche interne alla magistratura polacca. La Corte di giustizia ha respinto, infatti, l'argomentazione dell'esecutivo polacco che introduceva modifiche alla magistratura, con il pretesto della "decomunizzazione" – vale a dire quel processo che ha coinvolto i Paesi dell'ex blocco sovietico con lo scopo di sradicare la tradizione culturale derivata dalle istituzioni statali comuniste<sup>55</sup> – che in Polonia è divenuta cavallo di battaglia del PiS, la cui ideologia politica è ben nota<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> 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*, vol. 59, n. 3, 2022, p. 779.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Sentenza *Commissione c. Polonia*, cit., – per la Sezione disciplinare; sentenza della Corte del 6 ottobre 2021, causa C-487/19, *W.Ż.*, – per la Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche. Cfr. in dottrina, A. CIRCOLO, *Ultra vires e Rule of law: a proposito della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco sul regime disciplinare dei giudici*, in *I Post di AISDUE*, 15 luglio 2021.

<sup>53</sup> A. WÓJCIK, *op. cit.*

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> *Ibidem*. Con riguardo specifico alla Polonia, nel 1998 è stato istituito l'Istituto della memoria nazionale - Commissione per il perseguimento dei crimini contro la nazione, un istituto ad hoc che indaga sui crimini nazisti e comunisti commessi tra il 1917 e il 1990. Inoltre, degna di nota è ad esempio la cosiddetta legge sulla "lustrazione" entrata in vigore il 15 marzo 2007, la quale prevede che tutti gli alti funzionari, tra cui giudici, insegnanti, avvocati, dirigenti scolastici e giornalisti nati prima agosto 1972, sono tenuti a compilare un modulo e rispondere alla domanda: "Ha collaborato segretamente e consapevolmente con i servizi di sicurezza ex comunisti?". In: lustrazione (politica) - frwiki.wiki.

<sup>56</sup> Con riguardo specifico alla nomina/sospensione arbitraria dei giudici, si rinvia a M. WYRZYKOWSKI, *Experiencing the Unimaginable: the Collapse of the Rule of Law in Poland*, in *Hague Journal on Rule Law*, vol. 11, 6 November 2019, pp. 417-422.

5. *Indipendenza giudiziaria ai sensi dell'articolo 19 TUE, degli articoli 47 e 48 della Carta e ai sensi dell'articolo 267 TFUE: da equivalenza a separazione*

L'argomentazione che ha condotto la Corte di giustizia a dichiarare ricevibili le questioni sollevate dal giudice del rinvio in risposta alle perplessità manifestate dal Mediatore polacco ha mostrato le differenti sfaccettature della giurisprudenza della Corte di giustizia.

A ben vedere, almeno fino alla sentenza in commento, la Corte di giustizia ha sempre privilegiato la cd. tesi della equivalenza<sup>57</sup>, secondo la quale, gli articoli 47 e 48 della Carta e l'articolo 267 TFUE devono essere interpretati "alla luce di quanto previsto dall'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma TUE"<sup>58</sup> trattandosi di disposizioni dal contenuto corrispondente<sup>59</sup>.

Tuttavia, nonostante le carenze in termini di indipendenza della magistratura polacca, la stessa Corte di giustizia, nella sentenza in commento, ha preferito optare per un approccio che presume<sup>60</sup>, in linea di principio, che

<sup>57</sup> L. D. SPIEKER, *op. cit.*, p. 782. Ivi, l'Autore richiama dettagliatamente i problemi dottrinali sorti intorno a tale tesi, in particolare [testo tradotto]: ("l'articolo 19, paragrafi 1 e 2, TUE è stato interpretato dalla Corte come avente un campo di applicazione molto più ampio di quello della Carta. Se le garanzie di cui agli articoli 47 e 48 della Carta fossero recepite negli standard di indipendenza giudiziaria di cui all'articolo 19, paragrafi 1 e 2, TUE, quest'ultimo diventerebbe una sorta di cavallo di Troia che estenderebbe la rilevanza della Carta ben oltre i suoi confini originari").

<sup>58</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev, del 6 maggio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia*, punti 70 e 72. Più nel dettaglio: gli articoli 47 e 48 della Carta si applicano a misure nazionali relative al regime disciplinare dei giudici adottato da uno Stato membro al fine di dare attuazione all'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE; l'articolo 267 TFUE, che contiene la nozione di indipendenza giudiziaria ai sensi deve essere interpretato alla luce di quanto previsto dall'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma TUE.

<sup>59</sup> L. D. SPIEKER, *op. cit.*, p. 482. Inoltre, si rimanda alla seguente giurisprudenza ivi citata: sentenza della Corte del 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *LM - Minister for Justice and Equality*, punti 35, 41, 53; sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, punti 49 e 54; domanda di pronuncia pregiudiziale del 5 dicembre 2019 proposta dalla Qorti Ċivili Prim'Awla - Ġurisdizzjoni Kostituzzjonali (Malta) – *Repubblika c. Il-Prim Ministru*, causa C-896/19, punto 29.

<sup>60</sup> Questa linea adottata dalla Corte di giustizia non è isolata. Rilevano alcune pronunce che riflettono tale approccio, su tutte: sentenza della Corte del 4 febbraio 1999, causa C-103/97, *Köllensperger*, punto 24; più di recente, sentenza della Corte del 13 gennaio 2022, causa C-55/20, *Minister Sprawiedliwości*, punto 68 ss. Inoltre, si rimanda a: conclusioni

un giudice nazionale soddisfi i requisiti di giudice costituito per legge e quindi in grado di avviare un dialogo con la Corte di giustizia.

Infatti, dalla lettura della sentenza in commento emerge un chiaro rimando alla c.d. tesi della separazione<sup>61</sup>, sviluppata dall'Avvocato generale Tanchev nelle sue conclusioni alla causa C-192/18. Egli suggeriva una divisione dei compiti<sup>62</sup>. Mentre l'articolo 19, paragrafi 1 e 2, TUE si limita a "correggere problemi relativi alla strutturale infermità di un dato Stato membro", gli articoli 47 e 48 della Carta coprono "casi singoli o specifici di violazione"<sup>63</sup>. Invece, l'articolo 267 TFUE, rappresenta la condizione preliminare affinché un organo nazionale possa essere considerato un "organo giurisdizionale"<sup>64</sup> ai sensi del diritto dell'Unione.

Questa concezione è stata poi ripresa dall'Avvocato generale Bobek in alcune sue conclusioni<sup>65</sup>. In esse si ricava, in linea generale, che la Corte di giustizia dovrebbe applicare un sindacato di diversa intensità a seconda delle differenti violazioni che interessano l'indipendenza giudiziaria. Per cui, l'articolo 19, paragrafi 1 e 2, TUE riguarda infrazioni di natura sistemica, che impongono alla Corte di giustizia di considerare la struttura giudiziaria di uno Stato membro nel suo complesso; gli articoli 47 e 48 della Carta richiedono la violazione di un diritto fondamentale e dovrebbero portare a una valutazione molto più specifica del caso<sup>66</sup>. Invece, l'articolo 267 TFUE sarebbe volto a identificare i potenziali interlocutori della Corte di giustizia, appunto i giudici nazionali. Di conseguenza, la Corte di giustizia dovrebbe valutare l'indipendenza di tali giudici con maggiore indulgenza e concentrarsi sulle questioni strutturali a livello piuttosto generale<sup>67</sup>.

dell'Avvocato generale Wahl, del 10 aprile 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*, punto 53.

<sup>61</sup> L. D. SPIEKER, *op. cit.*, p. 781.

<sup>62</sup> *Ibidem*. Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev, del 20 giugno 2019, causa C-192/18, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, punto 97.

<sup>63</sup> *Ibidem*, punti 115 e 116.

<sup>64</sup> Sentenza *Cartesio*, cit.

<sup>65</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek, del 20 maggio 2021, cause riunite C-748-754/19, *Prokuratura Rejonowa w Min'sku Mazowieckim*, punti 162-166; conclusioni dell'Avvocato generale Bobek del 23 settembre 2020, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din Romania» e a. c. Inspekția Judiciară e a*, punti 183, 213, 216 e 217; conclusioni Bobek alla causa *Getin Noble Bank*, cit., punti 50, 51, 58 e 61.

<sup>66</sup> L. D. SPIEKER, *op. cit.*, pp. 781 e 782. In particolare, nel caso in cui le questioni siano sollevate dagli stessi giudici nazionali, si escluderebbe il ricorso agli articoli 47 e 48 della Carta.

<sup>67</sup> L. D. SPIEKER, *op. cit.*, p. 782.

La flessibilità che si ricava dall'approccio dell'Avvocato generale Bobek, ripreso poi dalla Corte di giustizia nella sentenza in commento, è emersa già in precedenti occasioni<sup>68</sup>. A tal riguardo, sono indicative le conclusioni dell'Avvocato generale Wahl alla causa *Torresi*, nelle quali egli si esprime nel senso che la Corte di giustizia dovesse applicare uno scrutinio più flessibile del requisito dell'indipendenza giudiziaria, sostenendo che “un'applicazione eccessivamente rigorosa dei criteri individuati dalla giurisprudenza della Corte [di giustizia] sull'ammissibilità dei rinvii pregiudiziali ai sensi dell'articolo 267 TFUE rischierebbe di [privare] i singoli della possibilità di sottoporre le loro rivendicazioni basate sul diritto dell'Unione al «giudice naturale» (la Corte di giustizia) e, di conseguenza, l'efficacia del diritto dell'UE in tutta l'Unione europea ne risulterebbe indebolita”<sup>69</sup>.

Tuttavia, a parere di chi scrive, tale inclinazione non deve indurre a pensare che la Corte di giustizia sia tornata a una posizione in cui lo *status* dei giudici non può essere messo in discussione. Al contrario, la procedura prevista da uno Stato membro per la nomina di un candidato a giudice può ancora essere decisiva al fine del riconoscimento di organo giurisdizionale<sup>70</sup> ai sensi del diritto dell'Unione.

Infatti, è interessante segnalare che nella sentenza *Miasto Łowicz*, la Corte di giustizia aveva sottolineato<sup>71</sup> il fatto che le preoccupazioni relative a problemi sistemici di indipendenza giudiziaria dovrebbero preferibilmente essere formulate dalla Commissione europea sotto forma di procedure di infrazione, avendo la Corte di giustizia una giurisdizione più ampia in materia nell'ambito di tali procedimenti rispetto ai casi di rinvio pregiudiziale<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> Ad esempio, rileva la sentenza *Dorsch Consult* in cui la Corte di giustizia ha ritenuto che la Commissione di sorveglianza sull'aggiudicazione degli appalti pubblici soddisfacesse i requisiti di indipendenza, nonostante le perplessità espresse all'epoca dall'Avvocato generale Tesouro. Cfr. sentenza della Corte del 17 settembre 1997, causa C-54/96, punto 36 e le conclusioni dell'Avvocato generale, del 15 maggio 1997, alla causa, punti 27-36. In dottrina, S. BARBIERI, *Il dilemma nel dialogo: indipendenza del giudice del rinvio e crisi dello Stato di diritto fra coerenza ed effettività*, in *I Post di AISDUE*, n. 22, 2022; M. FISICARO, *op. cit.*

<sup>69</sup> Conclusioni Wahl alla causa *Torresi*, cit., punto 49.

<sup>70</sup> Sentenza *Cartesio*, cit.

<sup>71</sup> P. BÁRD, *In courts we trust, or should we? Judicial independence as the precondition for the effectiveness of EU law*, in *European Law Journal*, 2022, pp. 12 e 13, con riferimento a: sentenza della Corte del 26 marzo 2020, cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz*.

<sup>72</sup> *Ibidem*. In particolare, “as recalled by the Court itself, its preliminary ruling jurisdiction is much more limited than its jurisdiction in infringement cases, where the Court can

È possibile affermare dunque che la Corte di giustizia non smentisce la sua linea giurisprudenziale relativa all'indipendenza giudiziaria e all'importanza attribuita al criterio della condivisione dei "valori comuni"<sup>73</sup> da parte degli Stati membri<sup>74</sup>.

Piuttosto, nella sentenza in commento, risulta che la Corte di giustizia, dopo una certa riluttanza nel considerare la tesi della separazione, l'abbia accolta con l'intenzione di preservare il dialogo tra giudici, limitandosi a una valutazione formale dell'organo di rinvio, anche al fine di non privare i

directly find that a Member State has violated the principle of judicial independence". Cfr. L. PECH, D. KOCHENOV, *Strengthening the Rule of Law within the European Union: Diagnoses, Recommendations, and What to Avoid*, in *RECONNECT Policy Brief*, n. 14, [www.reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2019/06/RECONNECT-policy-brief-Pech-Kochenov-2019June-publish.pdf](http://www.reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2019/06/RECONNECT-policy-brief-Pech-Kochenov-2019June-publish.pdf); inoltre, risoluzione del Parlamento europeo, del 17 dicembre 2020, relativa al quadro finanziario pluriennale 2021-2027, all'accordo interistituzionale, allo strumento dell'Unione europea per la ripresa e il regolamento sullo Stato di diritto (2020/2923(RSP)) ([europa.eu](http://europa.eu)).

<sup>73</sup> P. BÁRD, *op. cit.*, p. 5. Con riferimento ai "valori comuni" si rimanda al parere 2/13 della Corte, del 18 dicembre 2014, *Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, punto 167: "Questa struttura giuridica si basa sulle premesse fondamentali che ogni Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che essi condividono con esso [l'ordinamento giuridico dell'UE], un insieme di valori comuni su cui si fonda l'UE, come indicato nell'articolo 2 TUE. Questa premessa implica e giustifica l'esistenza di una fiducia reciproca tra gli Stati membri che questi valori saranno riconosciuti e, quindi, che il diritto dell'UE che li attua sarà rispettato".

<sup>74</sup> A titolo esemplificativo, con riferimento al principio della fiducia reciproca (c.d. *mutual trust*), una deviazione a tale principio si giustifica solo in presenza di "circostanze eccezionali"; cfr. P. BÁRD, *op. cit.*, p. 16; A. FRĄCKOWIAK-ADAMSKA, *Mutual trust and independence of the judiciary after the CJEU judgment in LM – new era or business as usual?*, in *EU Law Analysis*, 15 August 2018, reperibile su: [www.eulawanalysis.blogspot.com/2018/08/mutual-trust-and-independence-of.html](http://www.eulawanalysis.blogspot.com/2018/08/mutual-trust-and-independence-of.html), quest'ultime elaborate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia; [cfr. sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit., punto 30; parere della Corte 2/13, cit., punto 191; sentenza della Corte del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, punto 81; sentenza LM - *Minister for Justice and Equality*, cit., punto 70; sentenza della Corte del 17 dicembre 2020, causa C-354/20 PPU, *L e P*, punto 52]; invece, la sospensione generale della fiducia reciproca è consentita solo quando uno Stato membro è stato condannato (definitivamente) in base alla procedura di cui all'articolo 7 TUE. Quest'ultima, però, resta un'ipotesi remota, essendo note le difficoltà e criticità che ruotano intorno all'attivazione di questo meccanismo. Per un approfondimento rispetto all'articolo 7 TUE, si rimanda a W. SADURSKI, *Adding a Bite to a Bark? A Story of Article 7, the EU Enlargement, and Jörg Haider*, in *Legal Studies Research Paper*, n. 10, gennaio 2010.



singoli del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, in considerazione delle carenze che caratterizzano l'ordinamento giudiziario in Polonia.

## 6. *Considerazioni finali*

Alla luce delle considerazioni sviluppate nel presente contributo, sembrerebbe che la Corte di giustizia attraverso la sentenza in commento abbia voluto ammettere una possibilità di dialogo, nonostante la dubbia indipendenza del giudice del rinvio. Possibilità di dialogo che si concretizza nel potenziale insito nella procedura dell'articolo 267 TFUE.

È importante rilevare che la procedura del rinvio pregiudiziale ha da sempre contribuito alla costruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia e quindi del diritto dell'Unione europea.

Infatti, la Corte di giustizia attraverso la sentenza in commento, esalta il rinvio pregiudiziale non solo quale “chiave di volta del sistema giurisdizionale”<sup>75</sup> dell'Unione, ma soprattutto quale strumento in grado di colmare, almeno in parte, alle carenze emerse in relazione alla crisi dello Stato di diritto.

Un dialogo tra giudici, quindi, volto a bilanciare l'effettività della tutela giurisdizionale e la protezione della *rule of law*<sup>76</sup>, di modo che l'approccio utilizzato della Corte di giustizia nella sentenza in commento risulterebbe coerente con la linea assunta dai redattori dei Trattati, i quali hanno “chiaramente configurato il procedimento di rinvio pregiudiziale come uno strumento di «dialogo tra giudici» [...] per far sì che i giudici nazionali e i giudici dell'Unione collaborino come se appartenessero a un'unica comunità di diritto”<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Parere della Corte 2/13, cit., punto 176; sentenza della Corte del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, punto 37.

<sup>76</sup> Emerge quindi il legame tra indipendenza del giudice, tutela giurisdizionale effettiva e fiducia reciproca, cfr. A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, pp. 421-432.

<sup>77</sup> Conclusioni Wahl alla causa *Torresi*, cit., punto 51. Sul concetto di “comunità di diritto”, giova ricordare che esso fu coniato per la prima volta da Walter Hallstein nel 1960, ma fu poi ripreso dalla Corte di giustizia in alcune significative pronunce: sentenza della Corte del 23 aprile 1986, causa C-294/83, *Les Verts c. Parlamento*; parere 1/91 della Corte, del 14 dicembre 1991, Spazio economico europeo. Per un approfondimento sul tema, si rimanda alla registrazione della conferenza *L'Europa come Comunità di diritto: il contributo*

Dunque, ad avviso di chi scrive, nella sentenza in commento la Corte di giustizia, dichiarando ricevibili le questioni pregiudiziali poste dal giudice del rinvio, ha inteso garantire il diritto del singolo – così come emerso nel procedimento principale<sup>78</sup> – ad un rimedio giurisdizionale contro qualsiasi decisione di un'autorità nazionale<sup>79</sup>, laddove il singolo altrimenti non otterrebbe tutela<sup>80</sup>, viste le carenze interne all'ordinamento giudiziario in Polonia.

In aggiunta, la Corte di giustizia, rispondendo nel merito ai quesiti pregiudiziali, ammette la rilevanza del diritto dell'Unione<sup>81</sup>, anche se tali quesiti provengono da un organo giudiziario nazionale la cui indipendenza è fortemente minacciata. Dunque, questo significa che, qualora un giudice del rinvio sia stato sottoposto a una qualche forma di controllo o di interferenza, tale giudice possa ancora fare affidamento sulla capacità di avviare un dialogo con la Corte di giustizia al fine di applicare il diritto dell'Unione e risolvere le crisi interne allo Stato membro.

In questo senso, se il nucleo essenziale dello Stato di diritto è una tutela giurisdizionale effettiva, la quale presuppone l'autonomia dei sistemi giudiziari nazionali<sup>82</sup>, è opinione di chi scrive considerare la sentenza in commento come un caso limite. La Corte di giustizia è consapevolmente preoccupata del deterioramento del sistema giudiziario in Polonia, cioè della perdita graduale per i giudici della possibilità di rinviare alla Corte di giustizia. Questo, infatti, comporta inevitabilmente un grave impoverimento della “fiducia che la giustizia deve ispirare negli amministrati in una società democratica e in uno Stato di diritto”<sup>83</sup>, quindi della mancanza di una

*italo-tedesco all'integrazione europea*, Università degli Studi di Napoli “Federico II”, 2 maggio 2022.

<sup>78</sup> In relazione alla sentenza in commento, la richiesta delle parti di invalidare il meccanismo di indicizzazione nel suo complesso. Cfr. sentenza *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, cit., punti 31-34.

<sup>79</sup> Sentenza della Corte del 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Unectef c. Georges Heylens e altri*, punto 14. Nel dettaglio della sentenza in commento, la decisione di una autorità nazionale fa riferimento alla sentenza emessa dalla Corte d'appello di Wrocław, Polonia.

<sup>80</sup> Cfr. sentenza *van Gend en Loos*, cit.

<sup>81</sup> Cfr. sentenza *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, cit., punti 99 e 115.

<sup>82</sup> Si rimanda al sito web della Commissione europea: Il rispetto dello Stato di diritto ([ec.europa.eu](http://ec.europa.eu)).

<sup>83</sup> Sentenza *A.K. e altri*, cit., punto 124; sentenza *A.B. e a.*, cit., punti 119 e 139; sentenza della Corte del 18 maggio 2021, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din Romania» e a. c. Inspecția Judiciară e a.*, punto 197; sentenza *W.Ż.*, cit., punto 110; sentenza della Corte del 16

tutela giurisdizionale effettiva nei confronti dei cittadini polacchi e un ulteriore inasprimento dei procedimenti sanzionatori contro la Polonia.

novembre 2021, cause riunite C-748/19 – C-754/19, *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim e a.*, punto 69.

**BlogDUE**



LA TUTELA DEGLI INDIVIDUI IN SEDE DI ADOZIONE  
DELLE MISURE RESTRITTIVE: IL TRIBUNALE SI PRONUNCIA  
SULL'ACCERTAMENTO DEI FATTI  
DA PARTE DEL CONSIGLIO DELL'UNIONE

**Andrea Bianco\***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il solco tracciato dalla Corte. – 3. Le misure restrittive. – 4. L'obbligo di motivazione.

1. *Premessa*

Il 26 ottobre 2022, la quinta sezione del Tribunale dell'Unione europea si è pronunciata sul ricorso presentato da *Dmitry Vladimirovich Ovsyannikov*, volto all'annullamento delle misure restrittive disposte, nei suoi confronti, dal Consiglio dell'Unione.

Con sentenza T-714/20, il giudice dell'Unione ha affermato la sussistenza di un errore di valutazione dei fatti sui quali si fondano le restrizioni ed ha pertanto annullato gli atti che le disponevano.

La sentenza si inserisce nel contesto del conflitto tra Federazione Russa e Ucraina. Al riguardo, è utile ricordare che, in ragione dell'illegale annessione della Crimea da parte della Federazione Russa, il Consiglio PESC adottava la decisione 2014/145, *ex art.* 29 TUE, ed il regolamento 269/2014, *ex art.* 215 par. 2 TFUE, disponendo misure restrittive contro i soggetti responsabili di condotte idonee a compromettere o minacciare l'integrità territoriale, la sovranità o l'indipendenza dell'Ucraina. Nello specifico, nel 2017, il ricorrente veniva designato quale destinatario di tali misure restrittive, in ragione della carica di Governatore di Sebastopoli dallo stesso ricoperta. Di seguito, il ricorrente, che nel 2017 aveva espresso dichiarazioni pubbliche a favore dell'annessione della Crimea, cessava di ricoprire la carica di Governatore e veniva nominato Viceministro dell'industria e del commercio della Federazione Russa. Nel 2020, il Consiglio modificava il motivo di iscrizione del Signor *Ovsyannikov* in "ex Governatore di Sebastopoli" e successivamente prorogava la durata delle mi-

\* Dottorando di ricerca in diritto dell'Unione europea – Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa – 14 dicembre 2022

sure adottate nei suoi confronti. Contro tali misure, nel dicembre 2020, l'ex Governatore presentava ricorso diretto al loro annullamento.

A bene vedere, la questione si iscrive nel dibattito relativo al sindacato giurisdizionale del giudice dell'Unione su provvedimenti volti a disporre misure restrittive, che trova un precedente nel caso *Kadi* (sentenza della Corte del 18 luglio 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P). Nella decisione in commento, il Tribunale è stato chiamato a verificare la legittimità dei provvedimenti adottati dal Consiglio dell'Unione e, dunque, ad accertare se lo stesso abbia effettuato una corretta valutazione dei fatti, tenendo conto delle circostanze specifiche relative sia al contesto generale nel quale le misure sono adottate – il conflitto tra la Federazione Russa e l'Ucraina – sia alla situazione particolare dei destinatari delle stesse. Difatti, se l'adozione delle misure discende dalla volontà dell'Unione di promuovere il rispetto dei principi di cui all'art. 2 TUE e di perseguire gli obiettivi di cui all'art. 3 TUE, l'iscrizione di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali nelle liste dei destinatari delle stesse richiede un'analisi approfondita e specifica delle circostanze.

Nel procedere all'esame del percorso argomentativo seguito dal Tribunale, occorre, preliminarmente, sottolineare che la questione va iscritta nell'ambito dell'azione esterna dell'Unione europea, al fine di tutelare i principi di cui all'art. 21 TUE e perseguire gli obiettivi di cui all'art. 22 TUE.

Tra gli strumenti che i Trattati mettono a disposizione dell'Unione, per realizzare tali obiettivi, come ben noto, risulta importante il potere del Consiglio dell'Unione, in formazione PESC, di adottare misure restrittive nei confronti di paesi terzi, ovvero di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali.

Con riguardo al caso di specie, vengono in rilievo gli art. 29 TUE e 215, par. 2, TFUE, in materia di misure restrittive adottate nei confronti di persone fisiche. L'art. 29, stabilisce che il Consiglio adotta decisioni che definiscono la posizione dell'Unione su una determinata questione. In conseguenza di tale atto, lo stesso organo può emanare, a maggioranza qualificata, su proposta congiunta dell'Alto rappresentante e della Commissione, un regolamento che dispone le misure necessarie, nei confronti di privati (art. 215, par. 2).

La decisione del Consiglio PESC è, quindi, presupposto indefettibile del regolamento che materialmente dispone le restrizioni.

In forza di tali norme, il Consiglio ha adottato la decisione 2014/145/PESC. La decisione, ad oggi in vigore, come modificata dai suc-

cessivi atti dell'Unione, dispone le misure del congelamento dei beni e del divieto di transito nel territorio degli Stati membri, nei confronti di persone fisiche che pongano in essere condotte volte a compromettere o minacciare l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina, ovvero che siano ad esse associate. In esecuzione di tale atto, il Consiglio ha adottato il regolamento 269/2014, più volte modificato dal legislatore europeo, che precisa le modalità di applicazione delle misure considerate. Allegata agli stessi è la lista dei destinatari di tali sanzioni, tra i quali figura il ricorrente.

Atteso che lo scopo di tali atti risulta essere la tutela dell'integrità territoriale, della sovranità e dell'indipendenza ucraina, dato il persistere e l'intensificarsi delle condotte russe volte a pregiudicarla, le misure sono state prorogate.

## 2. *Il solco tracciato dalla Corte*

Chiamato a pronunciarsi sulla legittimità degli atti adottati dal Consiglio, il Tribunale, dopo aver verificato la ricevibilità del ricorso, ha proceduto ad accertarne la fondatezza.

Con riguardo alla ricevibilità, il giudice dell'Unione ha rigettato l'eccezione sollevata dal Consiglio, considerando gli atti dei quali si chiede l'annullamento sufficientemente individuabili, malgrado il ricorrente non abbia riportato l'evoluzione legislativa degli stessi. Sul punto, la sentenza è conforme alla precedente giurisprudenza, laddove questa afferma che, nell'ipotesi in cui sussistano gli elementi essenziali del ricorso e questo consenta di comprendere chiaramente la domanda formulata e di individuare gli atti cui essa fa riferimento, lo stesso è ricevibile (sentenza del Tribunale del 4 dicembre 2015, causa T-273/13 e giurisprudenza citata; sentenza del Tribunale del 15 giugno 2017, causa T-262/15 e giurisprudenza citata).

Con riguardo alla fondatezza della domanda, il Collegio ha accertato che il Consiglio abbia correttamente valutato i fatti posti alla base delle misure. Dopo aver affermato, in conformità con la precedente giurisprudenza della Corte, che il potere di valutazione del Consiglio risulta ineluttabilmente sottoposto al sindacato giurisdizionale, il Tribunale ha analizzato i caratteri dell'istituto, al fine di verificare come il Consiglio debba procedere in sede di adozione delle misure restrittive.

In primo luogo, il Tribunale ha precisato che le misure restrittive devono essere fondate su una base fattuale solida e che i relativi provvedi-



menti devono essere motivati. Ne deriva la necessità di un'approfondita analisi dei fatti che giustificano l'adozione di tali atti e di un'attenta valutazione degli elementi di prova, estesa al contesto nel quale essi si inseriscono, come già affermato dal giudice europeo (sentenza *Kadi*, cit.; sentenza della Corte, del 21 aprile 2015, causa C-630/13 P; sentenza della Corte del 21 aprile 2015, C-605/13 P).

Di seguito, la sentenza ha enfatizzato il legame che necessariamente deve sussistere tra i fatti, in base ai quali le misure sono adottate, e lo scopo perseguito. Con specifico riguardo alle misure restrittive adottate nei confronti di persone fisiche, grava sul Consiglio l'onere di provare l'esistenza di legami sufficienti tra le condotte poste in essere dal soggetto iscritto nella lista e gli eventi che hanno condotto all'adozione delle stesse. È cioè necessario verificare che le misure siano funzionalmente connesse agli obiettivi perseguiti dalla decisione adottata *ex art 29 TUE*. L'adozione di misure restrittive che non risulti, alla luce del contesto generale entro il quale sono adottate ed altresì della situazione specifica dell'interessato, funzionale a perseguire gli scopi che ispirano le stesse, è quindi illegittima. Sul punto, il Tribunale si è conformato alla precedente giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza del Tribunale, del 27 aprile 2022, causa T-108/21; sentenza del Tribunale, del 9 giugno 2021, causa T-580/19; sentenza del Tribunale, del 20 luglio 2017, causa T-619/15; sentenza della Corte, del 21 aprile 2015, causa C-605/13 P; sentenza della Corte, del 28 novembre 2013, causa C-348/12 P).

Preso atto della necessità dell'adeguata analisi dei fatti, che dimostrano il collegamento tra le condotte poste in essere dall'interessato e l'efficacia delle misure allo scopo di perseguire gli obiettivi che ne giustificano l'adozione, il giudice europeo ha ribadito che l'onere della prova grava sul Consiglio dell'Unione (sentenza del Tribunale, del 9 giugno 2021, causa T-580/19). Ed ha affermato che grava altresì sul Consiglio l'onere di accertare se eventuali cambiamenti delle circostanze abbiano fatto venir meno la necessità delle misure restrittive. Il destinatario delle misure è titolare, invece, di una mera facoltà di portare nuovi elementi fattuali all'attenzione del Consiglio. Pertanto, è l'organo che ha disposto le misure a doverne verificare l'attualità. Nello specifico, al fine di prorogare l'iscrizione del nome di un individuo nell'elenco allegato alla decisione *ex art 29 TUE* ed al regolamento *ex art 215 par. 2*, è necessario accertare che le stesse risultino ancora attuali (sentenza del Tribunale, del 3 luglio 2014, causa T-203/1; sentenza della Corte, del 13 marzo 2012, causa C-376/10 P; sentenza *Kadi*, cit.).

Sul punto, il Tribunale ha precisato che la valutazione dei fatti e la raccolta di elementi di prova deve vertere su due profili. *In primis*, essa deve avere ad oggetto il contesto generale entro il quale le misure sono disposte e che fonda l'adozione delle stesse. *In secundis*, il vaglio del Consiglio deve essere relativo alla specifica situazione degli interessati, tenendo conto dell'evoluzione della stessa (sentenze del Tribunale, del 23 settembre 2020, causa T-510/18; del 9 giugno 2021, causa T-580/29). L'utilizzo di presunzioni è ammesso solo quando previsto dalle norme che dispongono le misure e sempreché sia proporzionato rispetto allo scopo perseguito, nel rispetto della tutela giurisdizionale degli interessati (sentenza del Tribunale, del 3 luglio 2014, causa T-203/12).

Ne consegue che, alla luce del fatto che il ricorrente non ricopre più gli incarichi che avevano fondato l'adozione nei suoi confronti dei provvedimenti impugnati, il solo fatto che lo stesso non abbia esplicitamente preso le distanze dalle condotte russe volte a pregiudicare l'indipendenza, la sovranità e l'integrità territoriale dell'Ucraina non può considerarsi prova idonea a legittimare la proroga delle misure. Infatti, sebbene, in linea generale, il fatto di non distanziarsi dalle condotte lesive dei valori tutelati possa rientrare nella valutazione effettuata dal Consiglio (sentenza del Tribunale, del 27 aprile 2022, causa T-108/21), tale circostanza non pare, nel caso di specie, sufficiente al mantenimento in vigore delle misure restrittive nei confronti dell'interessato.

Il Tribunale ha così accolto il primo motivo del ricorso e non ha ritenuto necessario pronunciarsi sugli altri motivi del ricorso, disponendo l'annullamento degli atti che dispongono le misure, nella parte in cui essi riguardano il ricorrente, per errore nella valutazione dei fatti del Consiglio.

### 3. *Le misure restrittive*

La pronuncia in commento conferma il ruolo che l'Unione europea gioca sulla scena internazionale. Invero, quale organizzazione internazionale, essa declina la sua azione esterna nel senso di perseguire gli scopi stabiliti dai Trattati. Nello specifico, è utile rammentare che l'articolo 21 TUE individua i valori e gli obiettivi che gli Stati membri intendono perseguire e che devono informare l'azione internazionale dell'Unione europea, in senso trasversale alle diverse politiche rientranti nell'ambito delle sue competenze e nel rispetto del fondamentale principio di coerenza, sancito dall'art. 22 TUE.

Come emerge poi dai riferimenti che i Trattati fanno alla Carta delle Nazioni Unite, l'Unione si propone di adoperarsi per garantire la realizzazione degli scopi sanciti dalla stessa e di attuare le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU. Al di là di tale azione di sostegno ed attuazione delle decisioni dell'ONU, l'Unione ha sviluppato un ruolo geopolitico autonomo, soprattutto alla luce del "multilateralismo imperfetto" che ha caratterizzato il funzionamento del consiglio di Sicurezza dagli anni novanta del novecento (A. PASCOLI, *Guerre Civili e Diritto Internazionale*, in *Informazioni della difesa*, n. 3, 2013; P. FERRARA, *La sicurezza dell'Europa e la difesa europea nel mondo multipolare: sfide, minacce, opportunità*, in R. GUALTIERI, J. L. RHI-SAUSI (a cura di), *La difesa comune europea dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2011, p. 33 ss.). Così, lungi dall'essere limitata all'adozione di misure implicanti e non implicanti l'uso della forza, l'azione dell'Unione è caratterizzata da un novero molto ampio di condotte, tra le quali rientrano le politiche relative alle relazioni economiche esterne, le relazioni esterne condotte dall'UE in altri settori (politica di vicinato, visti, asilo e immigrazione, cooperazione di polizia e giudiziaria, ambiente, ecc.), la politica estera e di sicurezza comune e la politica di sicurezza e difesa comune.

Purtuttavia, con specifico riguardo alla sentenza in esame, viene in rilievo la sua competenza ad adottare misure restrittive nei confronti di individui o gruppi, le cui condotte possano pregiudicare gli interessi tutelati dall'art. 21 TUE. Tali misure, disposte con regolamento (art. 215, par. 2, TFUE), in esecuzione di una decisione PESC che definisce l'azione dell'Unione in ordine ad una determinata situazione (art. 29 TUE), comprendono sanzioni economiche e finanziarie e limiti agli spostamenti sul territorio dell'Unione che incidono profondamente sulla sfera giudica degli interessati (conclusioni dell'AG Wahl, causa C-455/14 P; in dottrina v. S. POLI, *Le misure restrittive autonome dell'Unione europea*, Napoli, 2019; N. LAZZERINI, *La tutela giurisdizionale degli individui rispetto agli atti PESC nella prospettiva del Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 1086 ss.).

Analogamente alle misure adottate dall'ONU, ex art. 41, lo scopo perseguito dal Consiglio in sede di adozione delle misure restrittive non deve ritenersi diretto all'irrogazione di una pena, in conseguenza di un illecito commesso da una persona fisica. Siffatto strumento è invece volto ad incentivare lo Stato – o il gruppo non statale – cui il destinatario delle misure è collegato, a modificare la propria condotta (C. MORVIDUCCI, *Le misure restrittive dell'Unione europea e il diritto internazionale: alcuni aspetti pro-*

blematici, in *rivista.eurojus.it*, 2019; A. MIGNOLLI, *Corte di giustizia e misure restrittive individuali tra ampliamento della giurisdizione e self-restraint*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2018, p. 279 ss.). Gli atti disciplinati dall'art. 215, par. 2 TFUE sono, infatti, strumenti di politica estera, mediante i quali l'Unione si propone di garantire che le relazioni internazionali siano ispirate ai principi sanciti dai Trattati. Ne consegue che, affinché il Consiglio agisca ex artt. 29 TUE e 215 TFUE, è sufficiente una condotta statale contraria ai principi di cui all'art. 21, che l'Unione vuole disincentivare. In tale contesto, la compressione di diritti e libertà di persone fisiche risulta funzionale a perseguire tale scopo.

Con riguardo alle misure adottate nel caso Ucraina, le più dure sinora disposte (A. M. AMOROSO, *Il contributo delle misure restrittive UE contro la Russia allo sviluppo del diritto internazionale delle sanzioni*, in *Diritti Comparati*, 2022), esse si caratterizzano aver fissato presupposti per l'individuazione dei destinatari molto generali, che non richiedono la commissione di condotte antigiuridiche. È sufficiente che l'individuo, in ragione delle sue condotte o della posizione ricoperta, risulti collegato con il regime al potere (D. FONDAROLI, F. SGUBBI, *Congelamento di beni senza frontiere. Il caso Ucraina*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 34, 2014).

#### 4. L'obbligo di motivazione

Come conferma la sentenza in commento, tali misure - dirette ad incidere profondamente sulla sfera giuridica dell'individuo - sono sottoposte al sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia, sul combinato disposto degli artt. 275, par. 2 e 263 TFUE, in ossequio agli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza (conclusioni dell'AG Wathelet, causa C-72/15; sentenza della Corte del 28 marzo 2017, causa C-72/15; A. MIGNOLLI, *op. cit.*; L. PALADINI, *Le misure restrittive adottate nell'ambito della pesc: prassi e giurisprudenza*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2009, p. 341 ss.).

Come già affermato in dottrina, tale controllo non si estende alla verifica circa la contrarietà al diritto internazionale, della condotta che il Consiglio vuole disincentivare, ma risulta circoscritto al rispetto del diritto dell'Unione europea (S. DE VIDO, *(In)certezze giuridiche sulla situazione della Crimea: una «mappa» dei casi pendenti o decisi davanti alle corti europee*, in A. FRANCO, O. RUMYANTSEV (a cura di), *L'Ucraina alla ricerca di un equilibrio Sfide storiche, linguistiche e culturali da Porošenko a Zelens'kyj*, in *Euroasiatica*, n. 14, 2019).

Più in particolare, il sindacato della Corte ha ad oggetto le misure restrittive adottate nei confronti degli individui, con riguardo al rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall'ordinamento europeo (sentenza *Kadi*, cit.) ed all'adempimento degli obblighi procedurali che gravano in capo al Consiglio.

In sede di adozione delle misure, infatti, il Consiglio è tenuto a rispettare un obbligo di motivazione di portata particolarmente ampia (sentenza del Tribunale del 4 febbraio 2014, cause riunite T-174/12 e T-80/13. In dottrina, *ex multis*: G. VITALE, *La giurisprudenza dell'Unione in materia di misure restrittive. L'obbligo di motivazione della misura e la tutela giurisdizionale effettiva dei destinatari*, in *rivista.eurojus.it*, 2021; C. MASSA, *EU's restrictive measures in Ukraine before the CJEU: taking stock*, in *rivista.eurojus.it*, 2021; A. CIAMPI, *Le garanzie processuali fondamentali dell'Unione europea quale limite all'attuazione di sanzioni del Consiglio di sicurezza dopo la sentenza Kadi della Corte di giustizia*, in F. SALERNO (a cura di), *Sanzioni "individuali" del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Padova, 2010, p. 119).

La sentenza in parola invita proprio a riflettere su tale obbligo in sede di iscrizione di una persona fisica nelle liste dei destinatari delle misure e sulla conseguente ampiezza del sindacato dei giudici di Lussemburgo.

Alla luce della costante giurisprudenza della Corte, l'obbligo di motivazione gravante sul Consiglio si traduce nel dovere svolgere un'adeguata indagine circa la posizione dei destinatari delle misure allo scopo di accertare che la compressione dei diritti degli stessi risulti funzionale a disincentivare le condotte lesive dei valori dell'Unione.

L'indagine del Consiglio deve quindi vertere, in primo luogo, sul contesto generale entro il quale tali atti sono adottati. Preso atto del potere del Consiglio di qualificare determinate condotte statali (*e.g.* l'illegittima annessione della Crimea da parte della Federazione Russa) come confliggenti con i principi che informano l'ordinamento europeo, lo stesso può adottare misure nei confronti di individui, allo scopo di disincentivare tali comportamenti (G. VITALE, *op. cit.*; S. POLI, *op. cit.*; A. MIGNOLLI, *op. cit.*).

Al fine di iscrivere poi la persona fisica nell'elenco dei destinatari delle misure, è necessario dimostrare un collegamento tra lo stesso e le condotte che minacciano o ledono i valori di cui all'art. 21 TUE (C. MASSA, *op. cit.*; A. MIGNOLLI, *op. cit.*; A. CIAMPI, *op. cit.*). Ciò che viene in rilievo, è che la condotta o la posizione dell'individuo si inseriscano nel contesto generale entro il quale le misure restrittive sono adottate e che la compressione dei diritti dell'individuo disincentivi il mantenimento delle condotte che ledono i valori dell'Unione.

Imprescindibile è, dunque, la verifica circa l'idoneità delle misure a realizzare lo scopo perseguito; verifica che può ricondursi all'accertamento del rispetto di proporzionalità (C. MASSA, *op. cit.*; S. POLI, *op. cit.*; M. MARCHEGIANI, *Il principio di protezione equivalente nel caso Kadi*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2014, p. 169 ss.; A. CUYVERS, *Give me "one good reason": the unified standard of review for sanctions after Kadi II*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1768).

Preso atto che l'onere della prova grava sul Consiglio e che l'interessato ha la facoltà e non il dovere di offrire all'istituzione dell'Unione elementi di prova rilevanti, il dovere di accertamento dei fatti può apprezzarsi tanto in senso statico quanto dinamico. Infatti, in sede di adozione delle misure e di prima iscrizione dell'interessato negli elenchi dei destinatari, il Consiglio è tenuto a svolgere un'indagine fattuale, vertente sul contesto generale e sulla situazione specifica dell'individuo. Allo stesso tempo, dopo l'adozione delle misure ed in sede di proroga, lo stesso organo è tenuto a verificare, *motu proprio*, se siano intervenute modifiche fattuali del contesto generale o della particolare situazione dell'individuo, che impongano una revisione delle misure o che rendano ingiustificata la perdurante iscrizione dell'interessato nelle liste. Anche l'indagine effettuata ai fini della proroga è volta ad accertare che il mantenimento delle misure abbia l'effetto di indurre la cessazione delle condotte lesive dei valori dell'Unione.

Dalla giurisprudenza della Corte emerge altresì che tale obbligo di motivazione ha portata tale da escludere presunzioni, le quali risultano ammesse solo in certi contesti e se rafforzate dalle circostanze del caso.

Tornando al caso in esame, lungi dall'iscrivere – o prorogare l'iscrizione – nelle liste, di un soggetto, sulla base di una deduzione da idee preconcepite circa il suo legame con il regime al potere, risulta necessario dimostrare che la sua posizione ovvero le sue condotte rafforzino le azioni contrarie ai valori che fondano l'Unione e soprattutto che la compressione della sfera giuridica dell'individuo abbia il potenziale di influenzare il comportamento dell'autore di tali condotte (*e.g.* la Federazione Russa) (L. PANTALEO, *Case C-376/10 P, Pye Phyo Tay Za v. Council, Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 13 March 2012*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1769)

In conclusione, gli atti di cui agli artt. 29 TUE e 215 TFUE devono considerarsi strumenti di politica estera, attraverso i quali l'Unione europea si propone di promuovere, nella comunità internazionale, il rispetto dei suoi principi fondamentali e dei suoi valori. In quest'ottica, l'individuo-

destinatario della misura non deve considerarsi un soggetto che l'Unione vuole punire per la commissione di una determinata condotta.

Pur alla luce di tale considerazione, che subordina il privato agli scopi di politica estera e sicurezza comune, l'Unione resta una comunità di diritto (COM/2014/158 final), entro la quale la tutela degli interessi meritevoli e legittimi dell'individuo deve essere garantita. Strumento di tale tutela è il sindacato giurisdizionale della Corte, la cui incisività ed ampiezza pone un necessario argine al potere del Consiglio e bilancia gli interessi politici dell'Unione con la sfera giuridica dell'individuo.

OSSERVAZIONI SULL'ADESIONE DELL'UNIONE EUROPEA  
ALLA CONVENZIONE DELL'AJA DEL 2019  
SUL RICONOSCIMENTO E L'ESECUZIONE DELLE SENTENZE  
STRANIERE IN MATERIA CIVILE E COMMERCIALE

**Federico Ceci\***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo applicabile alla circolazione delle sentenze nei rapporti con Stati terzi: cenni. – 3. Il campo di applicazione *ratione materiae* della Convenzione. – 4. I presupposti per il riconoscimento e l'esecuzione. – 5. I motivi ostativi alla circolazione. – 6. Notazioni conclusive.

1. *Premessa*

Con decisione del Consiglio del 12 luglio 2022 (n. 2022/1206), l'Unione europea ha aderito alla Convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere in materia civile e commerciale (di seguito, anche, la “Convenzione” o “*Judgments Convention*”), approvata il 2 luglio 2019 al termine della ventiduesima sessione diplomatica della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato.

L'adesione è stata approvata a nome dell'Unione, che – come emerge dall'art. 3 della citata decisione – ha formulato la dichiarazione richiesta *ex art. 27, par. 1*, della Convenzione, dalla quale risulta che essa è competente per tutte le materie disciplinate dallo strumento convenzionale. Pertanto, gli Stati membri non firmeranno, ratificheranno, accetteranno o approveranno la Convenzione, ma ne saranno vincolati in forza di detta adesione, ad eccezione della Danimarca. Essa, com'è noto, in virtù degli artt. 1 e 2 del protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca, allegato al TUE e al TFUE, non partecipa all'adozione da parte del Consiglio delle misure relative alla cooperazione giudiziaria in materia civile.

La Convenzione è uno strumento multilaterale che, attraverso un sistema di norme uniformi sulla circolazione delle decisioni straniere, si pone l'obiettivo di agevolare l'accesso alla giustizia in termine globali e, conseguentemente, incrementare il commercio e gli investimenti internazionali.

\* Ricercatore TD di diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari “Aldo Moro” – 4 dicembre 2022.



L'adesione dell'Unione alla c.d. *Judgments Convention* appare particolarmente rilevante sia in termini strategico-politici, sia sotto un profilo prettamente giuridico.

Riguardo al primo aspetto, occorre considerare che, dal 1° settembre 2023 e a seguito dell'adesione dell'Unione, la Convenzione vincolerà 27 degli 84 Paesi membri della Conferenza dell'Aja (allo stato, entrerà in vigore esclusivamente tra i 26 Stati membri dell'Unione, con esclusione della Danimarca, e l'Ucraina). Pertanto, risulta ragionevole ipotizzare che questo comporti un effetto domino rispetto ad altri Paesi che ambiscono ad un aumento degli scambi e delle relazioni con la stessa Unione, primi tra tutti, gli Stati Uniti d'America e il Regno Unito (su tale ultimo punto, si veda A. MALATESTA, *Circolazione delle sentenze tra Unione europea e Regno Unito: a favore di una cooperazione in seno alla Conferenza dell'Aja*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2021, p. 878 ss.).

Per ciò che attiene al secondo profilo, all'applicazione della Convenzione, qualora ratificata da un adeguato numero di Paesi, conseguirà il superamento di un quadro giuridico frammentato ed eterogeneo, ovvero sia quello relativo al riconoscimento e all'esecuzione delle sentenze straniere in materia civile e commerciale nei rapporti con gli Stati terzi, con evidenti benefici per imprese e cittadini europei. Da questo punto di vista, l'introduzione di una disciplina tesa a migliorare la certezza e la prevedibilità nell'ambito dei procedimenti civili e commerciali internazionali, con conseguente riduzione dei costi e della durata degli stessi, rappresenta un elemento di potenziale spinta per le operazioni commerciali europee, soprattutto con riferimento a quelle delle piccole e medie imprese, spesso intorite dalle ingenti spese necessarie per giudizi transfrontalieri e arbitrati internazionali.

Contestualmente, i motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione delle sentenze straniere previsti dalla Convenzione consentiranno ai giudici nazionali degli Stati membri di verificare che le suddette decisioni, pur provenendo da ordinamenti non allineati con la tradizione giuridica continentale, non si pongano in contrasto con i principi fondamentali del diritto dell'Unione, quali l'equo processo, il diritto di difesa e a un giudice imparziale.

Alla luce di queste premesse, con il presente lavoro si tenterà di offrire un breve commento critico alle norme della Convenzione e alla portata applicativa delle stesse, per poi delinearne i possibili sviluppi futuri. Preliminarmente, tuttavia, si rende necessario un sintetico inquadramento del panorama giuridico attualmente in vigore a livello europeo con riguardo alla circolazione delle decisioni straniere in materia civile e commerciale.

2. *Il quadro normativo applicabile alla circolazione delle sentenze nei rapporti con Stati terzi: cenni*

Com'è noto, attraverso l'adozione del regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, c.d. Bruxelles I *bis*, e per quanto ancora applicabile *ratione temporis* del suo "predecessore", regolamento (CE) n. 44/2001, c.d. Bruxelles I, l'Unione si è dotata di un sistema sviluppato e uniforme nella materia in esame, fondato sulla reciproca fiducia e sul mutuo riconoscimento tra gli Stati membri, in linea con gli obiettivi del mercato unico e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Senonché, il citato regolamento non trova applicazione per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni pronunciate in Stati terzi o da far circolare negli stessi e, da un punto di vista internazionale, il quadro giuridico di riferimento si mostra lacunoso e frammentato.

A questo riguardo, appare quasi superfluo ricordare che, ai sensi dell'art. 3, par. 2, TFUE, l'Unione vanta una competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali nella misura in cui tale conclusione possa incidere su norme comuni dell'Unione o modificarne la portata (sul punto, *ex multis*, si veda G. TESAURO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, III ed., Napoli, 2021, p. 234 s.). Pertanto, in virtù dell'attribuzione di competenza per le questioni relative al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni straniere in materia civile e commerciale, disposta dall'art. 81, par. 2, lett. a), TFUE, e a seguito dell'adozione del Regolamento Bruxelles I *Bis*, l'Unione ha una competenza esterna esclusiva rispetto a tale settore, come peraltro confermato dal parere 1/03 della Corte di giustizia dell'Unione europea, reso il 7 febbraio 2006, in sede di valutazione della conclusione della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale tra gli Stati parti dello Spazio economico europeo e la Svizzera, c.d. Convenzione di Lugano del 2007 (per un'analisi della quale si veda la relativa Relazione esplicativa, di F. POCAR).

Tale Convenzione, unitamente alla Convenzione dell'Aja del 30 giugno 2005 sugli accordi di scelta del foro – ratificata dall'Unione europea l'11 giugno 2015, a seguito della decisione 2014/887/UE del Consiglio del 4 dicembre 2014 –, costituisce l'intero quadro normativo di riferimento per la circolazione delle decisioni straniere, applicabile nei rapporti con Stati terzi.

Sul punto, tuttavia, occorre rilevare che la Convenzione del 2005, pur essendo c.d. doppia – ovverosia dotata di norme sia sulla competenza giurisdizionale, sia sulla circolazione delle sentenze –, risulta caratterizzata da un ambito di applicazione particolarmente ristretto. Invero, la stessa disciplina unicamente le fattispecie internazionali con accordi di scelta del foro esclusivi conclusi in materia civile o commerciale. Conseguentemente, la Convenzione del 2005 non appare idonea a colmare il vuoto normativo rispetto alla mancanza di uno strumento multilaterale a vocazione universale per la materia in esame.

Di tal ch , salva l'ipotesi, qualora percorribile, di fare affidamento sulle pocanzi citate convenzioni – o, in diversa prospettiva, di ricorrere a procedimenti e decisioni arbitrali, la cui effettiva circolazione   garantita dalla Convenzione di New York del 1958 (per tutti, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, III ed., New York, 2020, p. 2333 ss.) – i cittadini e le imprese europei che vogliano agire per il riconoscimento o l'esecuzione di sentenze loro favorevoli in Stati terzi, devono necessariamente ricorrere all'applicazione delle differenti leggi nazionali o, se presenti, alle norme di trattati bilaterali.

Da qui, l'opportunit , e la conseguente rilevanza, dell'adesione dell'Unione europea alla *Judgments Convention*.

Ciononostante, non pu  sottacersi come quest'ultima ha condotto a risultati pi  contenuti rispetto a quelli originariamente prefissati in vista della diciannovesima sessione della Conferenza dell'Aja, programmata per il 2001. Invero, in tale contesto l'obiettivo era rappresentato dall'adozione di un trattato a vocazione universale che, oltre alla disciplina relativa al riconoscimento e all'esecuzione delle sentenze straniere, recasse anche norme uniformi rispetto ai criteri di giurisdizione internazionale (cfr. *Report of the Special Commission drawn up by Peter Nygh and Fausto Pocar*, in F. POCAR, C. HONORATI (eds.), *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, Padua, 2005, p. 209 ss.).

Senonch , la possibilit  di approvare siffatta convenzione doppia   definitivamente tramontata dinanzi al mancato accordo tra gli Stati membri dell'allora Comunit  europea e gli Stati Uniti d'America circa i criteri di attribuzione di competenza internazionale da ritenersi condivisi, in un'ottica di superamento dei fori considerati reciprocamente esorbitanti (per una ricostruzione delle tesi presentate nell'ambito della Conferenza si veda F. POCAR, *Riflessioni sulla recente convenzione dell'Aja sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere*, in *Rivista di diritto internazionale e privato*, 2021, p. 5 ss.).

Successivamente, i negoziati sono proseguiti limitatamente al testo di una convenzione relativa alla competenza giurisdizionale e alla circolazione delle sentenze derivanti da accordi di scelta del foro esclusivo, che, come anticipato, è stata poi adottata il 30 giugno 2005 e ratificata dall'Unione nel 2015.

Peraltro va rilevato che proprio l'adesione alla Convenzione del 2005 da parte dell'Unione e il conseguente successo della stessa sono stati tra gli elementi determinanti per la ripresa del progetto iniziale, attraverso la negoziazione di un accordo multilaterale che non incidesse direttamente sui criteri di competenza ma disciplinasse esclusivamente il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere in materia civile e commerciale (a tal proposito, si veda H. VAN LOON, *Towards a Global Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil or Commercial Matters*, in *Collection of Papers of the Faculty of Law*, Niš, 2019, p. 15 ss.).

Il rilievo della Convenzione sugli accordi di scelta del foro del 2005 nel percorso che ha portato all'adozione della *Judgments Convention* trova inoltre conferma nell'esplicito richiamo, contenuto nel preambolo di quest'ultima, alla necessità di una cooperazione giudiziaria rafforzata basata sui due citati strumenti uniformi.

La complementarità tra i due accordi multilaterali non implica, come si avrà modo di vedere, identità dei rispettivi ambiti di applicazione che, invero, risultano parzialmente differenti. Essa ha tuttavia condotto all'esclusione dal campo di applicazione della Convenzione del 2019 delle decisioni derivanti da controversie basate su accordi di scelta esclusiva del foro (F. POCAR, *Brief Remarks on the Relationship between the Hague Judgments and Choice of Court Conventions*, in M. PFEIFFER, J. BRODEC, P. BRÍZA, M. ZAVADILOVÁ (eds.), *Liber Amicorum Monika Pauknerová*, Praga, 2021, p. 345 ss.).

### 3. *Il campo di applicazione ratione materiae della Convenzione*

Venendo ora all'analisi dei profili più significativi della *Judgments Convention* e cominciando dalla definizione delle sentenze oggetto di riconoscimento ed esecuzione, si tratta, anzitutto, di tutte le decisioni di merito, a prescindere dalla denominazione usata, e le determinazioni delle spese giudiziali da parte del giudice d'origine (art. 3, par. 1, lett. b)). Ne deriva l'esclusione dei provvedimenti cautelari e, come tradizionalmente avviene, delle decisioni che non producono effetti o non sono dotate di efficacia esecutiva nello Stato di origine.

Per quanto attiene all'ambito di applicazione materiale, la Convenzione, ai sensi dell'art. 1, par. 1, disciplina il riconoscimento e l'esecuzione, in uno Stato contraente, delle decisioni in materia civile e commerciale rese in un altro Stato contraente, con espressa esclusione della materia fiscale, doganale e amministrativa. La citata previsione è da leggere in combinato disposto con quelle di cui all'art. 2, che precisa le materie cui la Convenzione non si applica, e all'art. 20, che regola le modalità di interpretazione di essa. Quest'ultima norma, in particolare, impone di considerare il carattere internazionale della Convenzione e la necessità di promuoverne un'applicazione uniforme, attraverso criteri ermeneutici autonomi rispetto a quelli degli Stati contraenti e dell'Unione: circostanza che, a nostro avviso, rileva soprattutto ai fini della qualificazione della materia civile e commerciale (in proposito, A. DI BLASE, *Sull'interpretazione delle Convenzioni e delle norme dell'Unione europea in materia di diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2020, p. 5 ss.).

Passando all'art. 2, va evidenziato che la norma non consente l'applicazione della Convenzione in ordine a materie escluse altresì dal Regolamento Bruxelles I *Bis*: lo stato e la capacità delle persone fisiche, il regime patrimoniale fra coniugi, i testamenti e le successioni, i fallimenti e le procedure concorsuali affini, l'arbitrato e i procedimenti correlati, le obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità, nonché le fattispecie in cui sussistono privilegi e immunità degli Stati e delle organizzazioni internazionali.

Quanto al rapporto con la Convenzione del 2005, può notarsi come, per un verso, l'art. 2 restringa il campo di applicazione della *Judgments Convention* rispetto alla prima. Ed invero, diversamente da quella sugli accordi di scelta del foro, la Convenzione in esame non si applica alle decisioni rese in controversie in tema di diffamazione e nell'intero settore della proprietà intellettuale (lett. k) e m)).

Per altro verso, essa, invece, menziona materie non considerate nella Convenzione del 2005, pure se particolarmente significative. Tale è la scelta adottata in materia di antitrust, che *ex art. 2, par. 1, lett. p)*, è inclusa nell'ambito di applicazione con l'eccezione delle decisioni relative a intese e pratiche anticoncorrenziali in cui sia la condotta illegittima, sia gli effetti dannosi della stessa, si siano verificati nello Stato di origine.

Continuando nell'esame della disciplina del perimetro di applicazione del nuovo strumento convenzionale, occorre rilevare come questo risulti limitato anche dall'art. 8, che, da una parte, prevede che le decisioni su questioni preliminari aventi ad oggetto una materia esclusa non possano

circolare in virtù del regime convenzionale (par. 1) e, dall'altra parte, dispone che possa essere negato il riconoscimento o l'esecuzione di una sentenza qualora questa sia resa, in tema di diritti reali immobiliari, ma da un giudice diverso da quello del luogo dell'immobile (par. 2). A quest'ultimo riguardo va ricordato che la Convenzione stabilisce nell'art. 6 un criterio esclusivo di riconoscimento e di esecuzione relativamente alle decisioni sui diritti reali immobiliari, che potranno essere riconosciute o eseguite solo se l'immobile è situato nello Stato di origine

L'individuazione del campo di applicazione della *Judgments Convention*, qui tracciato nei suoi termini essenziali, va inoltre completata alla luce della disposizione di cui all'art. 18. In base a questa norma, quando una Parte contraente ha un forte interesse a non applicare la Convenzione a una "materia particolare" può, effettuando una dichiarazione, escludere che essa si applichi alla materia in questione. A tal fine la dichiarazione deve risultare "non più ampia del necessario" e contenere una definizione chiara e precisa della materia particolare di cui si tratta. Tale facoltà, concessa per facilitare la ratifica da parte di più Paesi, va bilanciata con gli interessi degli altri Stati e con gli obiettivi fondamentali della Convenzione: in altri termini, la dichiarazione per escludere una materia dal campo di applicazione – per ciò che attiene, in particolare, al requisito dell'"ampiezza" della portata della dichiarazione – deve rispettare il principio di proporzionalità (si veda F. GARCIMARTÍN, G. SAUMIER, *Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*, The Hague, 2020, p. 242 ss.). In virtù di detta previsione, l'Unione ha dichiarato che non applicherà la *Judgments Convention* ai contratti di locazione non residenziale di beni immobili situati nel territorio europeo. Tale scelta è stata adottata in ragione del possibile contrasto tra la Convenzione, la quale non dispone di norme di attribuzione di giurisdizione, e il regolamento Bruxelles I *Bis*, che attribuisce competenza esclusiva ai giudici dello Stato membro in cui è situato il bene (sul punto si veda la proposta di decisione del Consiglio, adottata dalla Commissione il 16 luglio 2021).

Sulla base di quanto riportato, e pur tenendo conto delle esclusioni previste, la Convenzione appare comunque destinata ad applicarsi ad una vasta molteplicità di rapporti civilistici a contenuto patrimoniale di natura contrattuale ed extracontrattuale, diversamente dalla Convenzione del 2005, maggiormente indirizzata verso le sole relazioni tra imprese (a tal proposito, F. POCAR, *Riflessioni sulla recente convenzione dell'Aja sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere*, in *Rivista di diritto inter-*

*nazionale e privato*, 2021, p. 13; P. FRANZINA, A. LEANDRO, *La Convenzione dell'Aja del 2 luglio 2019 sul riconoscimento delle sentenze straniere: una prima lettura*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2019, p. 215 ss.).

Infine, sempre sotto un profilo generale, occorre rilevare che la *Judgments Convention* non inciderà sul quadro normativo relativo alla circolazione delle sentenze straniere in materia civile e commerciale dell'Unione, ovvero sul Regolamento Bruxelles I *Bis*. Invero, l'art. 23, par. 3, stabilisce che, in relazione ai Paesi membri di un'organizzazione regionale di integrazione economica e che sono anche Parti contraenti, la Convenzione non debba pregiudicare l'applicazione delle disposizioni di tale organizzazione, adottate precedentemente o successivamente (in questo caso purché non in contrasto con il citato art. 6) rispetto allo strumento convenzionale.

#### 4. *I presupposti per il riconoscimento e l'esecuzione*

Quanto alla disciplina stabilita dalle norme convenzionali, si è già notato che le stesse caratterizzano un accordo non doppio ma semplice, ovvero teso ad imporre esclusivamente disposizioni in materia di riconoscimento ed esecuzione, senza previsioni di attribuzione diretta della competenza internazionale. Cionondimeno, secondo un'impostazione classica, i presupposti di riconoscimento di cui all'art. 5 fungono da filtri giurisdizionali nella misura in cui contengono disposizioni sui criteri di competenza, c.d. indiretta, del giudice dello Stato di origine della decisione. In particolare, la norma in parola prevede che la sussistenza di uno dei requisiti ivi indicati comporta la possibilità per la decisione di essere riconosciuta ed eseguita in uno Stato diverso da quello di origine.

Nell'interpretazione della disposizione in parola, così come dei motivi di diniego del riconoscimento, occorre inoltre tenere conto del generale divieto di riesame nel merito della sentenza, statuito dall'art. 4, par. 2.

I citati requisiti ricomprendono, almeno in parte, i generali criteri di collegamento ben conosciuti dalla tradizione europea, tra cui la residenza abituale o la principale sede di affari della parte nello Stato d'origine (nel secondo caso, solo qualora la decisione riguardi l'attività d'impresa); la presenza di una succursale, di un'agenzia o di una diversa sede di attività riconducibile al convenuto nello Stato di origine, nell'ipotesi in cui la domanda su cui si fonda la decisione è sorta in relazione all'attività della detta succursale o agenzia; il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio, stabilito attraverso accordo delle parti o, in mancanza di questo,

da disposizione della legge applicabile al contratto; il luogo in cui è sito l'immobile per le decisioni su controversie relative a contratti di locazione e, più in generale, il *forum rei sitae* per i diritti reali.

Tra i criteri generali, appare particolarmente problematica, in ragione dei margini di discrezionalità rimessi al giudice richiesto, la previsione, di cui all'art. 5, par. 1, lett. g, di un'eccezione al requisito dello Stato del luogo di adempimento delle obbligazioni contrattuali, qualora l'attività del convenuto dedotta in accordo non presenti manifestamente nessuna connessione intenzionale e sostanziale con tale Stato.

Va peraltro rilevato che, con riguardo alla disciplina sancita dall'art. 5 della Convenzione si è sostenuto che i negoziati hanno dato vita ad una serie tanto vasta quanto specifica di criteri, in modo da condurre i giudici degli Stati richiesti ad elaborare un'interpretazione restrittiva degli stessi (a tal riguardo, si veda A. BONOMI, C. M. MARIOTTINI, *A Game Changer in International Litigation? Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention*, in *Yearbook of Private International Law*, 2019, p. 537 ss.). Invero, sarà competenza di questi ultimi verificare, indipendentemente dai criteri di giurisdizione utilizzati dai giudici dello Stato d'origine, la sussistenza dei requisiti posti dalla Convenzione.

In questo senso, è caratterizzato da un approccio limitativo il requisito richiesto, ex art. 5, par. 1, lett. j, con riferimento alle decisioni relative ad obbligazioni extracontrattuali derivanti da morte, lesioni fisiche, danno o perdita di cose (che, già di per sé, esclude la restante parte delle obbligazioni extracontrattuali). Il criterio in parola prevede che la decisione possa essere riconosciuta solo qualora l'atto o l'omissione siano stati posti in essere nello Stato d'origine e, pertanto, non prende in considerazione il luogo in cui si è effettivamente verificato il danno. Provocando, così, un evidente nocumento per la parte danneggiata che, pur colpita dall'evento in un determinato Paese, dovrà individuare e adire la giurisdizione del luogo in cui la condotta illegittima è stata compiuta.

Infine, risulta peculiare il riferimento al criterio del consenso prestato dal convenuto nei confronti del quale viene richiesto il riconoscimento della decisione. A tal proposito, l'art. 5, lett. e) e f), prevede che la sentenza possa circolare qualora, alternativamente, il convenuto abbia espressamente acconsentito alla competenza del giudice di origine o, pur difendendosi nel merito, non abbia contestato la competenza del citato giudice in base alla legge nazionale, salvo che risultasse "evidente" che un'eccezione di incompetenza non sarebbe stata accolta.

Va segnalato che, ai sensi dell'art. 5, par. 2, il criterio del consenso ri-



leva altresì nei casi in cui l'esecuzione o il riconoscimento vengono richiesti nei confronti di un consumatore o di un lavoratore, in materia, rispettivamente, di contratti di consumo e di lavoro. In tali casi, oltre ad escludersi l'applicazione dei criteri relativi alle obbligazioni contrattuali e agli accordi di scelta del foro non esclusivo, il consenso di cui alla lett. e) dell'art. 5 andrà prestato direttamente dinanzi al giudice.

##### 5. *I motivi ostativi alla circolazione*

Una volta accertata l'applicabilità della Convenzione con riguardo sia alla materia oggetto della decisione, sia alla sussistenza di uno dei requisiti di riconoscimento ed esecuzione, il giudice dell'ordinamento richiesto dovrà infine vagliare la mancanza di motivi ostativi alla circolazione della sentenza.

Questi ultimi sono disciplinati dall'art. 7 della Convenzione e, a nostro avviso, rispondono a tre differenti ordini di ragioni.

Anzitutto, è posta tipica attenzione alla regolarità formale e sostanziale del giudizio da cui proviene la decisione, con specifico riguardo all'esercizio del diritto di difesa e al rispetto dell'equo processo. Invero, ai sensi dell'art. 7, par. 1, lett. a), potrà essere negato il riconoscimento o l'esecuzione qualora l'atto introduttivo della controversia non sia stato notificato al convenuto in tempo utile da consentirgli di presentare le proprie difese, salvo che, quando permesso dall'ordinamento dello Stato d'origine, lo stesso sia comparso in giudizio senza contestare l'irregolarità della notifica. Identica conseguenza si avrà anche nel caso in cui la notifica al convenuto nel Paese richiesto sia stata effettuata in modo incompatibile con i principi fondamentali vigenti in materia di notificazione degli atti in tale ordinamento (sul punto, N. MEIER, *Notification as a Ground for Refusal*, in *Netherlands International Law Review*, 2020, p. 81 ss.).

Una seconda categoria di motivi ostativi è da ricondurre alla classica nozione di ordine pubblico nazionale. In particolare, l'art. 7, par. 1, lett. c), prevede che si possa rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione qualora questi siano manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico dello Stato richiesto. Segnatamente, nel caso in cui il procedimento che ha dato luogo alla decisione è incompatibile con i principi dell'equo processo di tale Stato, come pure nell'ipotesi di violazioni della sovranità o della sicurezza di esso.

In questa categoria, e volendo prendere in considerazione la prospettiva degli ordinamenti di *civil law*, ci sembra di poter ricomprendere anche

la previsione, di cui all'art. 7, par. 1, lett. b), che consente di negare la circolazione di una decisione qualora la stessa sia il risultato di una frode. Quest'ultima si riferisce a un comportamento ingannevole, sul piano sostanziale o processuale, posto in essere per ottenere un guadagno ingiusto o illecito o per privare un altro di un diritto (F. GARCIMARTÍN, G. SAUMIER, *op. cit.*, p. 118; per un'analisi della differente concezione di tale motivo di diniego nei sistemi di *civil* e *common law*, si veda C. KESSEDJIAN, *Synthesis of the Work of the Special Commission of March 1998 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, in *Proceedings of the Twentieth Session (2005)*, vol. II, Cambridge - Antwerp - Portland, 2013, p. 109 ss.).

La previsione di un terzo gruppo di motivi di diniego del riconoscimento è legata alla necessità di evitare la possibilità di contrasti tra decisioni e di procedimenti paralleli, così da garantire maggiore certezza giuridica nei rapporti. A tal proposito, ai sensi dell'art. 7, par. 1, lett. e) e f), potranno essere negati il riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza qualora la stessa risulti in contrasto con una decisione, anche successiva, resa nello Stato richiesto in un giudizio tra le stesse parti o, in diversa ipotesi, qualora il contrasto si manifesti in relazione ad una decisione precedente emessa in un altro Paese rispetto a quello richiesto, al termine di un giudizio tra le stesse parti e con lo stesso oggetto, a condizione che tale ultima decisione sia conforme ai requisiti di riconoscimento imposti dall'ordinamento richiesto.

Parimenti, l'art. 7, par. 2, dispone che la sussistenza di un procedimento nello Stato richiesto tra le stesse parti e con lo stesso oggetto di quello da cui deriva la decisione determini la possibilità di differire o negare il riconoscimento della stessa, qualora il giudice del Paese richiesto sia stato adito precedentemente e sussista una stretta connessione tra la controversia e tale Stato.

Infine, un ultimo motivo ostativo, previsto dall'art. 7, par. 1, lett. d), è rappresentato dalla violazione di un accordo di proroga della competenza del giudice dell'ordinamento di origine (o di una clausola di un atto costitutivo di un trust), che, conseguentemente, ha esercitato la propria giurisdizione in maniera esorbitante.

Con riguardo, poi, ad un profilo meramente pratico, la Convenzione, ai sensi dell'art. 13, dispone un classico rinvio alla legge dello Stato richiesto per ciò che concerne le procedure di riconoscimento, *exequatur* o registrazione per l'esecuzione, salvo prevedere che il giudice debba agire "celermente". Ciononostante, a nostro avviso emerge la volontà di garantire

un minimo grado di uniformità nella prassi, nella misura in cui l'art. 12 prevede l'onere per la parte che chiede il riconoscimento di presentare una serie di documenti. Allo stesso fine, è altresì stato pubblicato il *Recommended Form* del modulo di conferma dell'emissione e del contenuto di una decisione emessa dal giudice d'origine ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione.

## 6. *Notazioni conclusive*

Sulla scorta delle considerazioni sin qui brevemente compiute, ci sembra che l'adesione da parte dell'Unione alla Convenzione, nonostante le limitazioni concernenti l'ambito di applicazione e le criticità relative ai presupposti di riconoscimento ed esecuzione, rappresenti un'opportunità di addivenire ad un quadro regolamentare uniforme che consenta, anche nei rapporti con Stati terzi, un buon grado di prevedibilità e di certezza giuridica. Invero, seppur attraverso delle basi perfettibili, la Convenzione costituisce un prezioso banco di prova per vagliare i limiti di una cooperazione giudiziaria civile rafforzata con ordinamenti lontani dalla tradizione giudica europea.

Com'è ovvio, tuttavia, l'effettiva portata e i risultati della Convenzione dipendono dal numero di ratifiche che la stessa riuscirà a raggiungere in una prospettiva di breve termine. Come anticipato, è però auspicabile che l'Unione possa rivestire un ruolo nevralgico per il successo della *Judgments Convention* e che la recente adesione funga da stimolo per gli altri Stati che hanno attivamente partecipato ai negoziati, nell'ottica di un aumento degli scambi commerciali.

Da questo punto di vista, e alla luce della complementarità tra la Convenzione del 2019 e la Convenzione del 2005, non è fuor di luogo ritenere che gli Stati vincolati da quest'ultima ratifichino anche il più recente strumento.

Ci sembra, inoltre, che la Convenzione possa costituire un valido strumento per la ricerca di un nuovo contesto normativo uniforme per la circolazione delle decisioni nei rapporti tra Unione e Regno Unito (sul punto, si veda la comunicazione del 4 maggio 2021 (COM(2021) 222), con cui la Commissione ha ribadito come il quadro appropriato per la cooperazione giudiziaria in materia civile con Paesi terzi sia rappresentato, per l'appunto, dal regime convenzionale dell'Aja).

Non può, tuttavia, sottacersi che l'ampio margine di discrezionalità lasciato agli Stati con riferimento alla possibilità di rendere dichiarazioni cir-

ca l'applicazione, in termini oggettivi e soggettivi, della Convenzione potrebbe però compromettere i risultati attesi e minare l'uniformità di applicazione e di interpretazione del quadro convenzionale. Oltre alla previsione di cui all'art. 18, già considerata, viene in rilievo, in particolare, l'art. 29, par. 2 e 3. La norma consente ad un Paese di impedire la produzione degli effetti della Convenzione nei confronti di un altro Stato, con una semplice notifica da effettuarsi al momento del deposito del suo strumento o nei dodici mesi successivi alla ratifica di tale altro Stato. Sebbene sia ragionevole attendersi che detti strumenti vengano utilizzati con cautela, alla luce delle conseguenze politiche e diplomatiche che comporterebbero nelle relazioni tra i due Paesi coinvolti, è evidente che la mera eventualità di esercizio di tali facoltà conduce a prospettare una cooperazione differenziata tra Stati, nonostante la Convenzione miri alla creazione di un quadro uniforme.

Alla luce di tali ultime osservazioni, saranno la condotta degli Stati e il lavoro dei giudici aditi a stabilire se la *Judgments Convention* rappresenti il capolinea dell'originario ambizioso progetto avviato nell'ambito della Conferenza dell'Aja o, come si auspica, una tappa intermedia verso l'adozione di uno strumento uniforme, completo e doppio, finalmente in grado di garantire tutela e certezza giuridica agli attori commerciali che operano in un mercato irreversibilmente globale e interconnesso. In tale ipotesi, l'Unione europea si sarebbe già assicurata un ruolo di primaria importanza.



CONTINUA LA “CAMPAGNA” DEL CDS PER OTTENERE  
CHIARIMENTI SULL’ART. 267, COMMA TERZO, TFUE  
(E “SALVARSI” DAL RISCHIO DI AZIONI DI RISARCIMENTO  
PER MANCATO RINVIO)

**Susanna De Stefani\***

SOMMARIO: 1. Introduzione: breve ricostruzione della vicenda. – 2. La prima questione pregiudiziale “di metodo”. – 3. La “campagna” contro il paradigma *CILFIT*: la seconda questione pregiudiziale. – 4. La nuova “strategia” del Consiglio di Stato. – 5. Alcune considerazioni conclusive.

1. *Introduzione: breve ricostruzione della vicenda*

Con la sentenza non definitiva n. 6410 dello scorso 21 luglio 2022, il Consiglio di Stato è tornato sul tema dell’obbligo di rinvio pregiudiziale in capo al giudice di ultima istanza, manifestando (ancora) alcune perplessità nell’applicazione della giurisprudenza *CILFIT* (ad oggi si può parlare di *CILFIT II* in seguito alla sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*; in dottrina v. L. DANIELE, *Si può “migliorare” CILFIT? Sulla sentenza Consorzio Italian Management*, in *rivista.eurojus.it*, 2022, pp. 1-15; F. SPITALERI, *Le finalità dell’obbligo di rinvio pregiudiziale: brevi riflessioni a margine della sentenza Consorzio Italian Management*, in questo *Blog*, 2022; I. MAHER, *The CILFIT Criteria Clarified and Extended for National Courts of Last Resort Under Art. 267 TFEU*, in *europeanpapers.eu*, 2022, pp. 265-274; P. DE PASQUALE, *Inespugnabile la roccaforte dei criteri CILFIT (causa C-561/19)*, in questo *Blog*, 2021).

L’ulteriore richiesta di chiarimenti sui presupposti del rinvio pregiudiziale testimonia che le “difficoltà” che preoccupano il Supremo giudice amministrativo permangono.

Preliminarmente, occorre accennare brevemente ai fatti oggetto del giudizio d’appello nell’ambito del quale sono state sollevate le questioni pregiudiziali.

\* Dottoranda di ricerca in Diritto dell’Unione europea nell’Università degli Studi di Roma “Tor Vergata” – 13 ottobre 2022.

La vicenda riguarda la legittimità di un decreto del Ministero della giustizia con il quale veniva disposta l'esclusione dell'appellato dal concorso di notaio. Il bando del concorso, infatti, non consentiva la partecipazione a coloro che erano stati dichiarati non idonei in tre precedenti concorsi analoghi, in linea con quanto disposto dall'art. 1, comma 3, lett. *b-bis*, legge del 6 agosto 1926 n. 1365 (contenente disposizioni sul conferimento dei posti notarili). In seguito alla impugnazione del provvedimento ministeriale di esclusione da parte dell'interessato, il TAR Lazio accoglieva la domanda di annullamento. Contro la decisione di primo grado il Ministero della giustizia proponeva appello, invocando l'applicazione della normativa vigente *ratione temporis* (l. 6 agosto 1926 n. 1365). Al momento della costituzione nel giudizio *de quo*, l'appellato proponeva appello incidentale introducendo, da un lato, alcune censure già proposte in primo grado, ma dichiarate assorbite, in ordine all'asserita violazione, da parte della norma nazionale in causa, di alcuni principi generali di diritto UE. Dall'altro, venivano addotte nuove censure circa una dedotta incompatibilità della normativa in questione con la disciplina europea in materia (direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento di qualifiche professionali, come modificata dalla direttiva 2013/55/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013).

Con una prima sentenza non definitiva (Cons. Stato, sez. IV, n. 3155 del 19 aprile 2021) il Consiglio di Stato accoglieva l'appello proposto dal Ministero, ritenendo di dover applicare al caso di specie i requisiti di esclusione dal concorso notarile previsti dalla legge del 6 agosto 1926 n. 1365 (art. 1, comma 3, lett. *b-bis*) nonché le disposizioni del bando di concorso riproduttive del dettato normativo. Nel merito, il Supremo giudice amministrativo respingeva le doglianze dell'appellato, disattendendo l'istanza di disapplicazione della normativa nazionale – nella parte in cui prevede come requisito necessario il non aver conseguito tre inidoneità a precedenti concorsi – stante la sua compatibilità con la direttiva 2005/36/CE. Infatti, la direttiva non risulta applicabile alla professione notarile (art. 2, comma 4).

Ciononostante, la parte appellata, in una successiva memoria autorizzata, insistendo sulla dedotta violazione dei principi generali di diritto UE da parte della norma nazionale in questione (in special modo, vengono richiamati la libertà di stabilimento, la libera prestazione di servizi, la libera concorrenza, il principio di proporzionalità, di non discriminazione e la libertà professionale), formulava, tra l'altro, espressa richiesta di sottoporre la questione al vaglio della Corte di giustizia.

## 2. *La prima questione pregiudiziale “di metodo”*

La richiesta dell’appellato di adire il giudice di Lussemburgo ha destato alcune perplessità in capo al Consiglio di Stato, il quale, nell’accogliere l’istanza di parte, allude al “tormentato rapporto” che intercorrerebbe tra l’obbligo di rinvio pregiudiziale, che grava sul giudice di ultimo grado, e i principi di indipendenza del giudice e di ragionevole durata del processo.

Entrando nel merito delle questioni pregiudiziali, ai fini del presente discorso, ci si limiterà ad esaminare le sole due prime questioni pregiudiziali oggetto del rinvio che riguardano l’interpretazione dell’art. 267, terzo comma.

Con riferimento alla prima questione, il Consiglio di Stato chiede se il giudice di ultima istanza sia obbligato ad adire la Corte di giustizia anche qualora si possa escludere un dubbio interpretativo circa il significato da attribuire alla disposizione europea ma, al tempo stesso, “*non sia possibile provare in maniera circostanziata ... che l’interpretazione fornita dal giudice precedente sia la stessa di quella suscettibile di essere data dai giudici degli altri Stati membri e dalla Corte di giustizia ove investiti di identica questione*”. Come si ricorderà, la necessità che il giudice di ultima istanza si convinca che l’interpretazione da lui scelta sarebbe accolta anche da giudici di altri Stati membri e dalla stessa Corte di giustizia, è stata indicata dalla sentenza *CILFIT* come una delle numerose verifiche richieste perché lo stesso giudice possa considerare la questione interpretativa manifestamente chiara e così omettere di effettuare un rinvio pregiudiziale (sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1982, causa 283/81, *CILFIT e a.*, punto 16).

Con la prima questione, il Consiglio di Stato, dunque, mostra la sua perplessità rispetto alla praticabilità di tale verifica, dal momento che sarebbe impossibile, nel caso di specie, ma, a ben vedere, in via generale, escludere “in maniera circostanziata” e non puramente ipotetica che l’interpretazione prescelta sia la stessa che anche qualunque altro giudice, compresa la Corte di giustizia, seguirebbero.

In questo, la prima questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato si giustifica perché nella sentenza *Consorzio Italian Management* il punto non era stato specificamente toccato. In quella occasione, la Corte si era invece concentrata su due diverse verifiche richieste al giudice di ultima istanza dalla sentenza *CILFIT*: quella relativa al confronto tra le diverse versioni linguistiche e quella attinente all’esistenza di contrasti giurisprudenziali (*CILFIT e a.*, cit., punti 18-20).

A proposito di entrambe queste due verifiche, la sentenza *Consorzio*



*Italian Management* ha espresso una maggiore cautela, in particolare insistendo sull'onere probatorio che graverebbe sulle parti ed autorizzando il giudice a non rinviare qualora tale onere non sia soddisfatto (*Consorzio Italian Management*, cit., punti 44, 48 e 49).

Con la prima questione del nuovo rinvio è adesso la volta della terza verifica ad essere “attaccata” dal Consiglio di Stato, con il chiaro obiettivo di ottenerne, come nel precedente, un qualche ridimensionamento.

### 3. La “campagna” contro il paradigma CILFIT: la seconda questione pregiudiziale

Come si spiega questa “campagna” del Consiglio di Stato contro il paradigma CILFIT? La spiegazione emerge in maniera più chiara di quanto fosse in *Consorzio Italian Management*, nella seconda questione pregiudiziale.

Qui il Consiglio di Stato chiede alla Corte se il giudice di ultima istanza che, al termine di un'attenta attività esegetica non abbia assecondato una richiesta di parte di rinvio pregiudiziale e lo abbia motivato con l'esigenza di “salvaguardare i valori costituzionali ed europei della indipendenza del giudice e della ragionevole durata dei processi”, possa essere considerato “esonero” da “un procedimento per responsabilità civile e disciplinare” avviato “a discrezione della sola parte”.

Non è tanto il paradigma CILFIT di per sé che rappresenta il “bersaglio” del Consiglio di Stato, ma piuttosto le conseguenze del mancato rispetto (vero o preteso) delle verifiche da CILFIT prescritte da parte del giudice di ultima istanza: in parole povere, il rischio di un'azione di risarcimento della parte che abbia chiesto invano il rinvio e non lo abbia ottenuto.

È evidente come un diritto risarcitorio del genere (ribadito in più occasioni dal giudice di Lussemburgo, recentemente v. sentenza della Corte di giustizia del 7 luglio 2022, causa C-261/21, *F. Hoffmann-La Roche Ltd e a.*, punto 58 e giurisprudenza ivi citata. In dottrina v. *ex multis* L. DANIELE (con la collaborazione di) S. AMADEO, G. BIAGIONI, C. SCHEPISI, F. SPITALERI, *Diritto dell'Unione europea – Ordinamento – Tutela giurisdizionale – Competenze*, Milano, 2022, p. 448; F. FERRARO, *Le conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 139) rappresenta per il Consiglio di Stato un grave rischio e può indurlo a effettuare un rin-

vio pregiudiziale pur in presenza, a proprio giudizio, delle condizioni per ometterlo, conformemente al paradigma *CILFIT*. Con una duplice conseguenza: allungare i tempi di risoluzione della controversia, in danno del principio di ragionevole durata del processo; limitare la libertà di convincimento del giudice e quindi alla sua indipendenza.

#### 4. La nuova “strategia” del Consiglio di Stato

In questa prospettiva, la sentenza in commento sembra figlia di una prassi ormai consolidata nel panorama dei rinvii pregiudiziali del Consiglio di Stato, consistente nel richiamare principi o meccanismi di diritto interno che, di fronte alle istanze di parte, potrebbero entrare in gioco per esonerare il giudice di ultima istanza dall’obbligo di cui all’articolo 267, terzo comma, TFUE.

In effetti, in più occasioni – tra queste il rinvio pregiudiziale che ha dato luogo alla pronuncia *Consorzio Italian Management* – il Consiglio di Stato, nel reiterare le richieste di chiarimenti in ordine ai criteri *CILFIT*, ha inteso in realtà prospettare nuove possibili ipotesi di esenzione dall’obbligo di rinvio fondate su preclusioni processuali nazionali che impedirebbero alle parti di sollevare questioni pregiudiziali e al giudice di ultimo grado di esaminarle.

Si tratta del tentativo di ampliare l’impianto casistico della giurisprudenza *CILFIT* in un’ottica prettamente “difensiva”, ossia, per porsi al riparo da eventuali pretese risarcitorie delle parti nelle ipotesi di ingiustificato mancato rinvio (S. DE STEFANI, *Il rinvio pregiudiziale e l’atteggiamento “ondivago” del Consiglio di Stato*, in *I Post di AISDUE*, 2022, pp. 54-68; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento “difensivo” a mezzo per ridiscutere il sistema costituzionale*, in *federalismi.it*, 2021, pp. 126-158).

Nella sentenza *Consorzio Italian Management*, il tentativo non era riuscito. La Corte di giustizia, prudentemente, si era rifiutata di scendere sul piano di questioni che toccavano istituti di diritto processuale interno, quale quello della preclusione o dell’abuso del processo (*Consorzio Italian Management*, cit., punti 60-65).

La seconda questione pregiudiziale nella causa oggetto del presente commento sembra sposare una nuova e diversa “strategia”.

Nel secondo quesito, si nota come il Consiglio di Stato sembri suggerire una nuova possibile ipotesi di esenzione, ma stavolta invocando la salva-

guardia di “*valori costituzionali ed europei*”. Nello specifico, si tratta dei principi di indipendenza del giudice e della ragionevole durata dei processi, tutelati tanto a livello costituzionale, in virtù dell’articolo 111, secondo comma, Cost., quanto a livello di diritto UE, dall’articolo 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali (parimenti v. Cons. Stato, sez. IV, n. 2545 del 6 aprile 2022; n. 6013 del 14 luglio 2022).

Il “filtro delibativo” sul se disporre o meno un rinvio pregiudiziale, filtro basato sulla tutela di valori fondamentali, che anche questa volta, i giudici di Palazzo Spada propongono, si discosta, pertanto, dai precedenti, perché non si limita ad utilizzare principi processuali di diritto interno, ma abbraccia anche principi europei. Una simile scelta mira indubbiamente a convincere il giudice dell’Unione che la necessità di trovare, una volta per tutte, un rimedio al carattere eccessivamente impreciso del paradigma *CILFIT*, è un’esigenza di importanza fondamentale e, soprattutto, non limitata all’ordinamento italiano, dal momento che mette in gioco valori richiamati dall’art. 47 CDFUE, nella specie il diritto ad un giudice indipendente e quello a un giudizio in tempi ragionevoli.

##### 5. *Alcune considerazioni conclusive*

Nell’attesa della risposta della Corte di giustizia, le soluzioni interpretative che questa seguirà sono prevedibili.

Invero, in tempi recenti, numerose sono state le occasioni offerte alla Corte, perlopiù su iniziativa dello stesso Consiglio di Stato, per tornare sulla questione della portata dell’obbligo di rinvio pregiudiziale e delle conseguenze di una sua violazione. Nessuna di tali occasioni è stata colta finora.

Tra queste, si è già ricordata la pronuncia *Consorzio Italian Management*, che ha condotto a mere precisazioni della giurisprudenza *CILFIT*.

In questo contesto non può non annoverarsi anche la nota vicenda italiana *Randstad*, in cui la Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha invano tentato di ottenere l’appoggio della Corte di giustizia per sostenere, in contrasto con la Corte costituzionale, che, quando il Consiglio di Stato omette immotivatamente di attivare lo strumento pregiudiziale, la sentenza può essere impugnata *ex art. 111*, comma ottavo, Cost. (sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2021, causa C-497/20, *Randstad Italia*; sulla vicenda v. *ex multis* P. IANNUCELLI, *La sentenza Randstad, ovvero la Corte di giustizia si accontenta (apparentemente) di fare l’arbitro in casa sua*, in questo *Blog*, 2022; R. BARATTA, *La postura non intrusiva della sentenza*

*Randstad*, in *SIDIBlog*, 2022; O. SCARCELLO, *Effective Judicial Protection And Procedural Autonomy Beyond Rule Of Law Judgments: Randstad Italia*, in *Common Market Law Review*, 2022, pp. 1445-1464).

Nella stessa linea, si situa altresì la sentenza sul caso *F. Hoffmann-La Roche Ltd e a.*, cit., punto 60, dispositivo, dove la Corte ha escluso che il diritto UE imponga di considerare il non conformarsi da parte del Consiglio di Stato ad una precedente sentenza pregiudiziale richiesta dallo stesso Consiglio, come motivo di revocazione *ex artt.* 106 c.p.a. e 395 c.p.c.

La “campagna” del Consiglio di Stato contro il paradigma *CILFIT* sembra, pertanto, destinata a insuccesso anche in questo ulteriore occasione. A meno che, a furia di essere sollecitata dal Consiglio di Stato, la Corte di giustizia non decida di cambiare orientamento.



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.

**Alessandra Favi\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti all'origine del rinvio pregiudiziale. – 3. La conferma dell'approccio estensivo della Corte di giustizia rispetto all'ambito di applicazione del diritto a un ricorso effettivo... – 4. ...ma alla luce dei diritti fondamentali. – 5. Brevi riflessioni conclusive sui rapporti tra Corte di giustizia e legislatore dell'Unione, rispetto alla nuova proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione.

1. *Introduzione*

Con la sentenza I.S. (1° agosto 2022, causa C-19/21), la Corte di giustizia ("Corte"), nella formazione della Grande Sezione, è tornata ad affrontare la questione riguardante l'ambito di applicazione del diritto a un ricorso effettivo del richiedente protezione internazionale nel contesto del regolamento n. 604/2013 (c.d. regolamento Dublino III) che, come noto, stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale (per un primo commento, si veda M. KLAASSEN, *A boost for family reunification through the Dublin III Regulation? The CJEU on the right to appeal refusals of take charge requests*, in *EU Law Analysis*, 24 October 2022).

La sentenza oggetto del presente scritto appare di particolare interesse sotto un duplice aspetto. Innanzitutto, come rilevato anche dall'Avvocato generale Emiliou nelle sue conclusioni, la pronuncia riporta in primo piano la questione riguardante il "delicato equilibrio tra due obiettivi sottesi al regolamento Dublino III ossia, da un lato, quello di istituire una procedura rapida per ripartire tra gli Stati membri la competenza ad esaminare domande di protezione internazionale e, dall'altro, quello di garantire la tute-

\* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Firenze  
– 6 dicembre 2022.

la dei diritti fondamentali delle persone interessate” (conclusioni del 7 aprile 2022, causa C-19/21, *I.S.*, punto 6). In secondo luogo, la sentenza solleva l’ulteriore (e strettamente connesso) interrogativo circa il rapporto tra lo *standard* di tutela giurisdizionale effettiva, come risulta dal regolamento Dublino III e dall’interpretazione fornita alle sue disposizioni dalla Corte, e quello che – almeno per il momento – emerge dalla proposta di regolamento sulla gestione dell’asilo e della migrazione, presentata dalla Commissione nel 2020 e che dovrebbe abrogare e sostituire il regolamento Dublino III. Infatti, se, nella pronuncia oggetto di questo scritto, il “delicato equilibrio” – almeno per quanto riguarda l’ambito di applicazione del diritto a un ricorso effettivo – sembra essersi risolto a favore della tutela dei diritti fondamentali, altrettanto non sembra potersi dire rispetto alla proposta di regolamento del 2020.

In tale contesto, ci si può quindi interrogare, in maniera più generale, circa il “margine di manovra” di cui il legislatore dell’Unione gode nel definire, in particolare, lo *standard* di tutela giurisdizionale che gli Stati membri sono tenuti ad assicurare ai richiedenti protezione internazionale, qualora la Corte si sia già pronunciata sulla portata delle disposizioni contenute nel regolamento Dublino III relative al diritto a un ricorso effettivo, facendone discendere un livello di tutela più elevato di quello presente nella proposta di regolamento sulla gestione dell’asilo e della migrazione.

Dopo aver brevemente ricordato i fatti che hanno dato origine al rinvio e le questioni pregiudiziali sollevate (sezione 2), si passerà ad esaminare i principali passaggi della sentenza, anche alla luce della precedente giurisprudenza della Corte sul punto (sezione 3). Infatti, pur ponendosi in continuità rispetto all’approccio già sviluppato, la pronuncia oggetto del presente scritto mostra alcune differenze, in particolare, rispetto ai criteri ermeneutici impiegati dalla Corte per interpretare le disposizioni rilevanti contenute nel regolamento Dublino III (sezione 4). Infine, alcune brevi riflessioni conclusive saranno avanzate circa i rapporti tra la Corte e il legislatore dell’Unione nella determinazione dello *standard* di tutela giurisdizionale effettiva, alla luce della nuova proposta di regolamento sulla gestione dell’asilo e della migrazione (sezione 5).

## 2. *I fatti all’origine del rinvio pregiudiziale*

I fatti all’origine della sentenza *I.S.* riguardano un cittadino egiziano che aveva presentato domanda di protezione internazionale in Grecia

quando era ancora minorenne. Nel presentare la domanda, il richiedente aveva fatto presente alle autorità greche di avere uno zio, anch'egli cittadino egiziano, residente nei Paesi Bassi e disposto ad occuparsi di lui. Le autorità greche avevano quindi presentato, nei termini prescritti dal regolamento Dublino III, una richiesta di presa in carico del minore alle autorità dei Paesi Bassi, ritenendo che fosse tale Stato membro competente a esaminare la domanda di protezione internazionale sulla base dell'art. 8, par. 2, del medesimo regolamento. Tale disposizione, infatti, prevede che "[l]addove il richiedente sia un minore non accompagnato che ha un parente presente legalmente in un altro Stato membro e qualora sia accertato in base a un esame individuale che il parente può occuparsi di lui, detto Stato membro provvede al ricongiungimento del minore con il parente ed è lo Stato membro competente, purché ciò sia nell'interesse superiore del minore".

Il Segretario di Stato, autorità dei Paesi Bassi competente ad espletare le verifiche necessarie in vista di un eventuale trasferimento del richiedente, aveva tuttavia respinto la richiesta di presa in carico presentata dalle autorità greche. Esso aveva infatti ritenuto che i Paesi Bassi non fossero lo Stato membro competente a trattare la domanda di protezione internazionale presentata dal minore, in quanto l'identità di quest'ultimo e, pertanto, il presunto vincolo di parentela con lo zio non potevano essere dimostrati. Le autorità greche avevano quindi presentato, sulla base dell'art. 5 del regolamento n. 1560/2003, relativo alle modalità di applicazione del regolamento Dublino III, una richiesta di riesame al Segretario di Stato dei Paesi Bassi, richiesta che tuttavia era stata respinta.

Allo stesso modo, il minore e lo zio avevano presentato presso la medesima autorità nazionale un reclamo, che era stato dichiarato manifestamente irricevibile sulla base del fatto che il regolamento Dublino III non conteneva alcuna disposizione diretta a consentire ai richiedenti protezione internazionale di impugnare una decisione di rigetto di una richiesta di presa in carico. Infatti, l'art. 27, par. 1, del regolamento Dublino III prevede espressamente un mezzo di ricorso soltanto in caso di adozione di una "decisione di trasferimento". Nonostante tale rigetto, lo zio e il minore avevano comunque proposto ricorso presso il *Rechtbank Den Haag zittingsplaats Haarlem* (Tribunale dell'Aia, sede di Haarlem) nell'ambito del quale avevano entrambi sostenuto il proprio diritto di presentare ricorso giurisdizionale avverso il rigetto della richiesta di presa in carico opposto da un'autorità nazionale.

Il Tribunale dell'Aia aveva quindi deciso di sospendere il procedimen-



to e di sottoporre alla Corte tre questioni pregiudiziali, chiedendo in sostanza, in primo luogo, se l'art. 27 del regolamento Dublino III, "eventualmente in combinato disposto" (sentenza *I.S.*, cit., punto 21) con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("Carta"), rubricato "Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale", dovesse essere interpretato nel senso di imporre allo Stato membro richiesto (i Paesi Bassi) di offrire al richiedente o al suo parente un ricorso giurisdizionale avverso il rigetto della richiesta di presa in carico nel caso, in particolare, in cui tale richiesta fosse fondata sull'art. 8 del regolamento Dublino III. In secondo luogo, il giudice nazionale si chiedeva se tale ricorso, ove non discendesse dall'interpretazione dell'art. 27 del regolamento Dublino III, potesse derivare direttamente dall'art. 47 della Carta, letto "in combinato disposto con il diritto fondamentale all'unità familiare e con l'interesse superiore del minore" (*ibid.*). Infine, il Tribunale dell'Aia, nel caso un siffatto ricorso dovesse essere assicurato dagli Stati membri, chiedeva chiarimenti alla Corte circa le modalità attraverso le quali esso dovesse operare.

3. *La conferma dell'approccio estensivo della Corte di giustizia rispetto all'ambito di applicazione del diritto a un ricorso effettivo...*

La Corte, prendendo in esame la prima e la seconda questione, parte dal ricordare la lettera dell'art. 27, par. 1, del regolamento Dublino III, il quale prevede che il richiedente protezione internazionale "ha diritto a un ricorso effettivo avverso una decisione di trasferimento, o a una revisione della medesima, in fatto e in diritto, dinanzi a un organo giurisdizionale". Secondo la Corte, da un lato, il tenore letterale della disposizione sembra riconoscere il diritto al ricorso del richiedente *soltanto* al fine di contestare una decisione di trasferimento. Dall'altro lato, però, la lettera dell'art. 27, par. 1, del regolamento Dublino III "*non esclude* che tale diritto sia concesso anche al richiedente minore non accompagnato al fine di contestare una decisione di rifiuto di accogliere una richiesta di presa in carico fondata sull'art. 8, par. 2, del regolamento Dublino III" (sentenza *I.S.*, cit., punto 32, corsivo aggiunto). La Corte ricorda quindi che le norme di diritto derivato dell'Unione devono in ogni caso essere interpretate e applicate nel rispetto dei diritti fondamentali.

La Corte procede poi all'interpretazione dell'articolo in questione alla luce degli obiettivi, dell'impianto sistematico e del contenuto del regolamento Dublino III e, in particolare, "dell'evoluzione che esso ha conosciu-

to nel sistema in cui si inserisce" (sentenza *I.S.*, cit., punto 35), al fine di accertare se tale disposizione, letta alla luce degli articoli 7 (Rispetto della vita privata e familiare), 24 (Diritti del minore) e 47 della Carta, richieda che lo Stato membro appresti un ricorso giurisdizionale avverso una simile decisione di rifiuto di presa in carico. In particolare, richiamando la sua precedente giurisprudenza sul punto (segnatamente, la sentenza del 7 giugno 2016, causa C-63/15, *Ghezelbash*), la Corte ricorda come gli obiettivi del regolamento Dublino III, esplicitati in particolare all'interno del suo considerando 9, siano volti ad apportare i necessari miglioramenti alla disciplina previgente contenuta nel regolamento n. 343/2003 (c.d. regolamento Dublino II), non solo rispetto all'efficienza del sistema Dublino, ma anche riguardo al coinvolgimento dei richiedenti protezione internazionale nella procedura di determinazione dello Stato membro competente. Un'interpretazione restrittiva della portata del ricorso di cui all'art. 27, par. 1, del regolamento Dublino III andrebbe pertanto a pregiudicare tale ultimo obiettivo, così "privando della sua efficacia pratica gli altri diritti del richiedente asilo sanciti da tale regolamento" (sentenza *I.S.*, cit., punto 39).

Tuttavia, a differenza della precedente giurisprudenza, su cui ci si soffermerà meglio in prosieguo, la Corte non si limita a un'interpretazione letterale, teleologica e sistematica della disposizione al fine di affermare l'obbligo per gli Stati membri, discendente dall'art. 27, par. 1, del regolamento Dublino III, di predisporre un ricorso giurisdizionale avverso il diniego di presa in carico di un richiedente. Nella pronuncia qui in esame risulta infatti evidente la volontà della Corte di sottolineare come tale interpretazione si imponga anche e soprattutto alla luce dei diritti fondamentali, in particolare sanciti dagli articoli 47, 7 e 24 della Carta.

A tal proposito, la Corte richiama innanzitutto l'art. 47, par. 1, della Carta, il quale dispone che "ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo". In particolare, la Corte rileva che al pari di una decisione di trasferimento, una decisione di rifiuto di presa in carico da parte dello Stato membro richiesto può pregiudicare il diritto attribuito al minore non accompagnato dall'art. 8, par. 2, del regolamento Dublino III di essere ricongiunto con un parente che può occuparsi di lui, "e quindi [di] beneficiare della tutela efficace dei suoi diritti che tale regolamento [...] mira a stabilire" (sentenza *I.S.*, cit., punto 45).

In secondo luogo, la Corte sottolinea come l'art. 8, par. 2, del regolamento Dublino III miri a garantire il rispetto dei diritti fondamentali dei

minori non accompagnati, garantiti dagli articoli 7 e 24 della Carta. Infatti, la lettura combinata dell'art. 7 della Carta, che sancisce il diritto al rispetto alla vita privata e familiare, con l'obbligo - sancito dall'art. 24, par. 2, della Carta e ribadito nell'art. 6, par. 1, del regolamento Dublino III -, di considerare l'interesse superiore del minore come preminente in tutti gli atti relativi ai minori, assicura la tutela dell'interesse del minore non accompagnato "a essere ricongiunto con i membri della sua famiglia allargata ai fini dell'esame della sua domanda di protezione internazionale" (sentenza *I.S.*, cit., punto 47).

Pertanto, il minore non accompagnato che chieda protezione internazionale "deve poter far valere in giudizio i diritti conferitigli dall'art. 7 e dall'art. 24, par. 2, della Carta, nonché dall'art. 8, par. 2, del regolamento Dublino III, al fine di contestare, in fatto e in diritto, una decisione di rigetto di una richiesta di presa in carico da parte dello Stato membro richiesto" (sentenza *I.S.*, cit., punto 49). Peraltro, il rischio di superare i termini previsti dal regolamento Dublino III per la presa in carico del richiedente non può andare a compromettere l'effettività del ricorso giurisdizionale, che richiede che "siano tratte tutte le conseguenze dal carattere eventualmente illegittimo del rifiuto di presa in carico" (sentenza *I.S.*, cit., punto 53).

La Corte esclude invece che il diritto a un ricorso giurisdizionale avverso il rifiuto di presa in carico possa essere fatto valere dal parente del richiedente in quanto, da un lato, tale diritto non deriva dall'art. 27, par. 1, del regolamento Dublino III e, dall'altro lato, gli articoli 7, 24, par. 2, della Carta e 8, par. 2, del regolamento Dublino III non conferiscono a tale parente un diritto che egli possa far valere in giudizio contro una decisione di presa in carico.

Rispetto, infine, alla terza questione posta dal giudice del rinvio, la Corte rileva che una risposta non è necessaria in quanto il richiedente è stato portato a conoscenza della decisione di rigetto della richiesta di presa in carico e ha avuto la possibilità di impugnarla in sede giurisdizionale.

La sentenza *I.S.* sembra quindi confermare l'approccio estensivo già mostrato dalla Corte nella sua giurisprudenza precedente, relativa all'interpretazione dell'ambito di applicazione del diritto a un ricorso effettivo nel contesto del sistema Dublino. Tuttavia, come sarà analizzato nella prossima sezione, a differenza di quanto emerso in precedenza, nella presente pronuncia la Corte non fa uso dei (soli) criteri ermeneutici legati alla lettera e al contesto in cui si inserisce la disposizione, nonché agli obiettivi perseguiti dall'atto in cui essa è contenuta. Piuttosto, la Corte si sofferma

su un'interpretazione della disposizione alla luce dei diritti fondamentali contenuti nella Carta, "ancorando" quindi l'approccio estensivo a norme di diritto primario dell'Unione.

#### 4. ...*ma alla luce dei diritti fondamentali*

Inizialmente, la Corte, chiamata a interpretare la portata del diritto a un ricorso effettivo nel contesto del regolamento Dublino II, aveva affermato che le disposizioni di tale atto rivelavano "l'intenzione del legislatore dell'Unione di stabilire, per quanto riguarda la determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo, regole di carattere organizzativo che disciplinino i rapporti tra gli Stati membri, alla stregua della Convenzione di Dublino" (sentenza del 10 dicembre 2013, causa C-394/12, *Abdullahi*, punto 56). Pertanto, tenuto conto che il meccanismo posto in essere dal regolamento Dublino II coinvolgeva nella procedura solo gli Stati membri, e non anche i richiedenti protezione internazionale, al fine di determinare con rapidità lo Stato competente per un rapido espletamento delle domande di asilo, la Corte aveva fornito un'interpretazione restrittiva della portata del diritto a un ricorso giurisdizionale avverso una decisione di trasferimento. Essa, infatti, aveva ritenuto che il richiedente potesse contestare l'erronea applicazione dei criteri di competenza previsti dal regolamento Dublino II soltanto deducendo l'esistenza di carenze sistemiche della procedura d'asilo e delle condizioni di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale nello Stato membro individuato come competente e dove il richiedente avrebbe dovuto essere trasferito (si veda a questo proposito anche la sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, *N.S.*, cause riunite C-411/10 e C-493/10; *ex multis*, C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 701 ss.; M. DEN HEIJER, *Joined Cases C-411 & 493/10, N.S. v. Secretary of State for the Home Department and M.E. and Others v. Refugee Applications Commissioner*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1735 ss.).

Tale giurisprudenza aveva poi subito un *revirement* a seguito dell'entrata in vigore del regolamento Dublino III. Infatti, nella già citata sentenza *Gbezlbash*, la Corte, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla portata dell'art. 27, par. 1, di tale regolamento, ha interpretato tale disposizione alla luce del tenore letterale della disposizione, dell'economia

generale del regolamento Dublino III, dei suoi obiettivi nonché del suo contesto (sentenza *Ghezelbash*, cit., punto 35). La Corte ha, in particolare, fatto ampio riferimento al considerando 19 di tale regolamento, il cui contenuto non compariva nel regolamento Dublino II, e che specifica la portata del ricorso esperibile da un richiedente protezione internazionale avverso una decisione di trasferimento adottata nei suoi confronti. Inoltre, la Corte ha affermato che “il regolamento [Dublino III] differisce in larga misura dal regolamento [Dublino II]” (sentenza *Ghezelbash*, cit., punto 46), in quanto “il legislatore dell’Unione, nell’ambito del regolamento n. 604/2013 [...], ha deciso di coinvolgere in tale procedura i richiedenti asilo, obbligando gli Stati membri a informarli dei criteri di competenza e a offrire loro l’opportunità di presentare le informazioni che consentano la corretta applicazione di tali criteri, nonché garantendo loro un diritto di ricorso effettivo avverso la decisione di trasferimento eventualmente adottata in esito al procedimento” (sentenza *Ghezelbash*, cit., punto 51). Da tali considerazioni, la Corte ha tratto che l’art. 27, par. 1, del regolamento Dublino III, letto alla luce del considerando 19 dello stesso, dovesse essere interpretato nel senso di attribuire al richiedente protezione internazionale la possibilità di invocare, nell’ambito di un ricorso proposto avverso una decisione di trasferimento, l’errata applicazione di un criterio di competenza di cui al capo III del regolamento Dublino III.

Nella giurisprudenza successiva, la Corte ha poi ripreso il ragionamento svolto in *Ghezelbash*, per estendere ulteriormente l’ambito di applicazione del diritto a un ricorso effettivo del richiedente protezione internazionale nel contesto del sistema Dublino. Nella sentenza *Karim* (7 giugno 2016, causa C-155/15), la Corte ha infatti affermato che l’art. 27, par. 1, del regolamento Dublino III, letto alla luce del considerando 19 di quest’ultimo, dovesse essere interpretato nel senso di permettere al ricorrente di poter dedurre, attraverso il ricorso presentato avverso la decisione di trasferimento adottata nei suoi confronti, la violazione della regola contenuta nell’art. 19, par. 2, secondo comma, di tale regolamento. Tale disposizione prevede che, in linea di principio, ove il richiedente si sia allontanato dal territorio degli Stati membri per almeno tre mesi, egli possa presentare, dopo il periodo di assenza, una nuova domanda di protezione internazionale, dando così inizio a un nuovo procedimento di determinazione dello Stato membro competente. Allo stesso modo, nella sentenza *Mengesteab* (26 luglio 2017, causa C-670/16), la Corte ha affermato che, nell’ambito di un ricorso esercitato contro una decisione di trasferimento, l’art. 27, par. 1, del regolamento Dublino III, letto alla luce del considerando n. 19 di

quest'ultimo, consente al richiedente protezione internazionale di far valere la scadenza dei termini relativi alla procedura di presa in carico previsti dal regolamento Dublino III, e ciò anche se lo Stato membro richiesto è disposto a prendere tale richiedente in carico.

Un approccio meno estensivo della Corte sembra emergere invece solo nella sentenza *H.R.* (2 aprile 2019, cause riunite C-582/17 e C-583/17), nell'ambito dei procedimenti di ripresa in carico dei richiedenti che abbiano già presentato una domanda di protezione internazionale in un altro Stato membro. In tale pronuncia, infatti, la Corte ha affermato che la procedura di ripresa in carico è disciplinata da disposizioni che presentano differenze sostanziali con le disposizioni che disciplinano la procedura di presa in carico. Pertanto, un cittadino di un Paese terzo che abbia presentato una domanda di protezione internazionale in un primo Stato membro, e abbia successivamente presentato una nuova domanda in un secondo Stato membro, non può, in linea di principio, invocare, nell'ambito di un ricorso proposto ai sensi dell'art. 27, par. 1, del regolamento Dublino III avverso la decisione di trasferimento adottata dal secondo Stato membro nei suoi confronti, l'erronea applicazione di uno dei criteri di competenza enunciati da tale regolamento.

Al di là dell'ipotesi specifica relativa alle procedure di ripresa in carico, la Corte ha, dall'entrata in vigore del regolamento Dublino III, mostrato di intendere in maniera ampia l'ambito di applicazione del diritto a un ricorso effettivo del richiedente protezione internazionale avverso una decisione di trasferimento adottata nei suoi confronti. Tale ricostruzione si è basata, in particolare, su un'interpretazione letterale, sistematica e teleologica della normativa di diritto derivato in questione, assicurando così che il risultato dell'operazione ermeneutica appaia in linea con la volontà espressa dal legislatore dell'Unione nell'atto.

La pronuncia *I.S.* sembra quindi inserirsi nel filone giurisprudenziale inaugurato con la sentenza *Ghezelbash*, ma andando ad apportare alcuni elementi aggiuntivi. In primo luogo, rispetto al contenuto della pronuncia, la Corte estende l'ambito di applicazione del diritto a un ricorso effettivo, non solo per quanto riguarda i motivi che possono essere dedotti davanti al giudice nazionale in caso di impugnazione di un trasferimento del richiedente, ma provvede a riconoscere tale diritto anche rispetto a una decisione riguardante il rigetto della presa in carico del richiedente minore non accompagnato. Tale aspetto è peraltro di particolare rilievo anche alla luce dei rinvii sollevati in via pregiudiziale da alcune giurisdizioni italiane, tuttora pendenti, riguardanti, in particolare, l'ambito di applicazione del ricorso

avverso la decisione di trasferimento, nel caso in cui il richiedente rischi di essere sottoposto a *refoulement* indiretto nello Stato membro verso il quale dovrebbe essere trasferito in applicazione dei criteri enunciati nel regolamento Dublino III (cfr. ordinanza del Tribunale di Roma del 12 aprile 2021, causa C-254/21; ordinanza del Tribunale di Firenze del 29 aprile 2021, causa C-297/21; ordinanza del Tribunale di Milano del 14 aprile 2021, causa C-315/21).

In secondo luogo, per quanto concerne i criteri ermeneutici impiegati dalla Corte, mentre nelle pronunce precedenti appare con evidenza l'assenza di ogni riferimento ai diritti fondamentali e, in particolare, all'art. 47 della Carta, nella sentenza *I.S.*, la Corte procede ad *integrare* la normativa di diritto derivato dell'Unione attraverso una sua interpretazione alla luce dei diritti sanciti nella Carta. Sebbene le fattispecie portate nel tempo all'attenzione della Corte fossero diverse rispetto a quella oggetto del rinvio pregiudiziale nella causa *I.S.*, in quanto in quest'ultimo caso era in questione l'*an* del diritto a un ricorso effettivo, le conseguenze di un tale approccio appaiono tuttavia rilevanti alla luce del pacchetto di riforme del sistema europeo comune di asilo, presentato dalla Commissione nel 2020.

Infatti, come sarà meglio precisato nella prossima sezione conclusiva, a fronte di un'interpretazione della portata del diritto a un ricorso effettivo da parte della Corte che si "limiti" a fare riferimento alla disposizione contenuta nell'atto di diritto derivato dell'Unione, senza alcun riferimento a norme gerarchicamente sovraordinate, è opportuno domandarsi se sia possibile per il legislatore dell'Unione discostarsi da tale giurisprudenza, ove intenda adottare un nuovo atto legislativo che vada ad abrogare e sostituire il precedente.

##### 5. *Brevi riflessioni conclusive sui rapporti tra Corte di giustizia e legislatore dell'Unione, rispetto alla nuova proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione*

Come noto, il 23 settembre 2020, la Commissione ha presentato un pacchetto di riforme che modificano in modo sostanziale il sistema europeo comune di asilo (il c.d. Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo; *ex multis*, M. BORRACETTI, *Il Nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità con il passato*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2021, pp.1-27; P. DE PASQUALE, *Dal Nuovo Patto per la migrazione e l'asilo a un diritto dell'emergenza dell'Unione europea: a che punto è la notte?*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 2020, p. 5 ss.; P. DE

BRUYCKER, *The New Pact on Migration and Asylum: What it is not and what it could have been*, in *Eu Immigration and Asylum Law and Policy*, 2020; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *questionegiustizia.it*, 2020). Tra le iniziative avanzate vi è anche quella relativa alla proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione che, una volta approvata, andrà ad abrogare e sostituire il regolamento Dublino III.

In particolare, l'art. 33 della proposta, rubricato "Mezzi di ricorso", prevede, al par. 1, primo comma, che il richiedente protezione internazionale "ha diritto a un ricorso effettivo avverso una decisione di trasferimento, o una revisione della medesima, in fatto e in diritto, dinanzi a un organo giurisdizionale". Il secondo comma del medesimo paragrafo prevede poi una limitazione all'ambito di applicazione del ricorso, il quale deve essere circoscritto alla valutazione delle circostanze inerenti, da un lato, al fatto che il trasferimento possa comportare un rischio effettivo di trattamento inumano o degradante per la persona interessata ai sensi dell'art. 4 della Carta; dall'altro lato, alla valutazione della violazione delle disposizioni contenute nella proposta e relative ai criteri di determinazione dello Stato membro competente inerenti, in sostanza, al rispetto della vita familiare e ai diritti del minore. Tale disposizione non appare, quindi, del tutto in linea con la giurisprudenza precedentemente analizzata, sia perché non comprende espressamente la possibilità di impugnare anche le decisioni di rifiuto di presa in carico del richiedente, sia perché non prevede la possibilità per il richiedente di contestare né i criteri di determinazione dello Stato membro competente ulteriori rispetto a quelli indicati, né il mancato rispetto dei termini previsti per la procedura di presa in carico.

Tuttavia, il diritto del richiedente di poter contestare la decisione di rigetto della sua presa in carico trova, come si è visto, il suo fondamento nella disposizione del regolamento Dublino III, come *integrata* alla luce della tutela offerta dai diritti fondamentali sanciti nella Carta. Pertanto, il legislatore dell'Unione risulterà vincolato, ai sensi dell'art. 51, par. 1, della Carta, al rispetto delle norme di diritto primario dell'Unione come interpretate dalla Corte e sarà tenuto, in linea di principio, ad apportare le modifiche necessarie alla proposta. Al contrario, le medesime considerazioni non sembrano potersi svolgere rispetto alla giurisprudenza in cui la Corte si è soffermata esclusivamente sulla portata delle disposizioni del regolamento Dublino III, interpretandole alla luce della lettera, contesto e obiettivi dell'atto in cui sono contenute. In questo caso, infatti, potrebbe trovare applicazione la regola generale in base alla quale *lex posterior derogat prio-*



ri, in quanto, come noto, non esiste gerarchia tra gli atti legislativi dell'Unione. La questione che sembra porsi è se questo potrebbe quindi portare anche all'ipotesi di una regressione nello *standard* di tutela assicurato attraverso la precedente giurisprudenza della Corte.

Nel caso oggetto del presente scritto, in particolare, viene in rilievo come il legislatore dell'Unione abbia previsto espressamente dei "limiti" all'ambito di applicazione del ricorso disciplinato dall'art. 33 della proposta. Come noto (si veda a questo proposito la sentenza della Corte del 18 ottobre 2018, causa C-662/17, *E.G.*), le limitazioni a un diritto fondamentale, quale il diritto a un ricorso effettivo, devono rispettare le condizioni cumulative previste dall'art. 52, par. 1, della Carta, tra le quali è compreso anche il rispetto del contenuto essenziale di tali diritti. Si potrebbe quindi ipotizzare che il diritto a un ricorso effettivo come disciplinato dal regolamento Dublino III, nella ricostruzione prospettata dalla Corte nella sua giurisprudenza, possa corrispondere al contenuto essenziale della tutela che tale diritto deve assicurare *nella specifica materia* della protezione internazionale. In tal modo, non sarebbe possibile una regressione nello *standard* di protezione attraverso un atto legislativo successivo, ma il legislatore dell'Unione sarebbe tenuto a rispettare *quanto meno* tale livello nella propria funzione di *law-making*. A questo proposito, si può ricordare che un "principio di non regressione" (D. KOCHENOV, A. DIMITROVS, *Solving the Copenhagen Dilemma*, in *verfassungsblog.de*, 28 April 2021) sembra peraltro emergere nella recente giurisprudenza della Corte per quanto riguarda la tutela dei valori dell'Unione di cui all'art. 2 TUE. In particolare, la Corte ha affermato che uno Stato, una volta divenuto membro dell'Unione secondo i requisiti stabiliti dall'art. 49 TUE - tra i quali vi è il rispetto e la promozione dei valori fondanti dell'Unione -, "non può modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto, valore che si concretizza, in particolare, nell'articolo 19 TUE" (sentenza della Corte del 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblica*, punto 63), il quale mira a garantire che il sistema di rimedi giurisdizionali istituito da ogni Stato membro garantisca la tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. Pertanto, proprio in ragione del fatto che gli Stati, per divenire membri dell'Unione, dovranno dimostrare di essere in grado di rispettare un certo livello di tutela dei diritti fondamentali, nonché, più in generale, gli obblighi discendenti dall'*acquis communautaire*, per analogia, si potrebbe ritenere che il legislatore dell'Unione stesso non possa regredire rispetto allo *standard* di protezione già individuato.

A ciò si aggiunga che incombe al legislatore dell'Unione, in virtù dell'art. 51, par. 1, della Carta, l'obbligo di "promuovere" i diritti sanciti all'interno della stessa (si vedano, comunicazione della Commissione del 2020 relativa alla strategia per rafforzare l'applicazione della Carta e la comunicazione della Commissione del 2010 sulla strategia per un'attuazione effettiva della Carta; a questo proposito, cfr. N. LAZZERINI, *Le clausole generali della Carta dei diritti fondamentali nel law-making europeo: codificazione e innovazione nella determinazione del livello di tutela*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di) *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Ferrara, 6-8 giugno 2018, Napoli, p. 507 ss.). Da questo ne deriva un dovere per le istituzioni, in particolare Commissione, Parlamento europeo e Consiglio, non solo di assicurare il rispetto della Carta, ma anche di garantire lo *sviluppo* di tale strumento di tutela dei diritti fondamentali nel processo di *law-making* dell'Unione, così che il ruolo della Carta sia effettivamente quello di una "bussola" per le istituzioni dell'Unione, come auspicato peraltro da ultimo nella comunicazione della Commissione del 2020 sulla strategia per rafforzare l'applicazione della Carta.



UN PICCOLO PASSO IN AVANTI SULL'OBBLIGO DI RINVIO  
PREGIUDIZIALE PER CHIARIRE I DUBBI SOLLEVATI  
DAL CONSIGLIO DI STATO

**Fabio Ferraro\***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I chiarimenti forniti dalla sentenza *Conorzio Italian Management*. – 3. L'esigenza di un ulteriore chiarimento desumibile implicitamente dalla sentenza *Conorzio Italian Management*. – 4. Le infondate preoccupazioni dei giudici nazionali sul *vulnus* all'autonomia e indipendenza dei giudici derivante dall'obbligo di rinvio.

1. *Premessa*

La portata dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale di ultima istanza continua a suscitare reazioni contrastanti nel dibattito dottrinale, coinvolgendo in primo piano il Consiglio di Stato. Eppure, la sentenza resa dalla Corte di giustizia nella causa *Conorzio Italian Management* (6 ottobre 2021, causa C-561/19) ha offerto un contributo notevole a questo dibattito tanto sul piano teorico e sistematico quanto per i risvolti pratico-applicativi.

Per un verso, il giudice del Lussemburgo ha preservato lo strumento principale del dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia, respingendo, ancora una volta, il tentativo di snaturarlo. Infatti, come è stato da tempo evidenziato, non si avverte in alcun modo né l'utilità né la necessità di un cambiamento radicale che potrebbe pregiudicare l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri (v. le conclusioni dell'avv. gen. Tizzano, del 21 febbraio 2002, causa C-99/00, *Lyckeskog*, punto 62 e seguenti). Per altro verso, il giudice dell'Unione ha fornito dei validi chiarimenti nell'applicazione dei cc.dd. criteri *Cilfit* in modo da agevolare il compito del giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno (sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1982, causa 283/81, punto 12 e seguenti). Invero, sono stati definiti il contenuto ed i confini

\* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli Federico II – 15 ottobre 2022.

dell'obbligo del giudice di ultima istanza di rivolgersi alla Corte di giustizia non solo richiamando i principi ormai consolidati nella giurisprudenza della Corte, ma anche aggiungendo delle ulteriori indicazioni sulle ipotesi di esclusione di tale obbligo (cfr. L. DANIELE, *Si può "migliorare" CILFIT?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2022, p.1 ss.; P. DE PASQUALE, *Inespugnabile la roccaforte dei criteri CILFIT (causa C-561/19)*, in questo *Blog*, 18 ottobre 2021; M. LIPARI, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale alla CGUE, dopo la sentenza 6 ottobre 2021, C-561/2019; i criteri CILFIT e le preclusioni processuali*, in *giustamm.it*, 2021).

Ciò nonostante, alcuni recenti rinvii pregiudiziali sollevati dal Consiglio di Stato dimostrano in modo eloquente come l'obbligo in esame susciti ancora preoccupazioni nei giudici nazionali e sia destinato ad alimentare il vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale anche negli anni a venire. Infatti, questi rinvii pregiudiziali vengono definiti difensivi, in quanto sono formulati dai giudici amministrativi di ultima istanza solo per evitare il rischio di incorrere in azioni risarcitorie (v., da ultimo, S. DE STEFANI, *Continua la "campagna" del CdS per ottenere chiarimenti sull'art. 267, comma terzo, TFUE (e "salvarsi" dal rischio di azioni di risarcimento per mancato rinvio)*, in questo *Blog*, 13 ottobre 2022).

In particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto di dover sottoporre alcune questioni pregiudiziali "di metodo" incentrate sul tormentato rapporto fra obbligo di rinvio pregiudiziale e i parimenti rilevanti principi internazionali e costituzionali della indipendenza del giudice e della ragionevole durata del processo (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 17 marzo 2022, n. 2545; 19 maggio 2022, n. 6013; 19 maggio 2022, n. 4741; 16 giugno 2022, n. 6410). La maggior parte dei dubbi del giudice amministrativo può essere risolta sulla base di un'attenta lettura ed interpretazione della giurisprudenza della Corte di giustizia, sì che vi è il rischio che quest'ultima non si pronunci in modo approfondito sui quesiti proposti dal Supremo Consesso amministrativo.

Tuttavia, rimane da risolvere la *vexata quaestio* dell'oggettiva difficoltà in cui si trova il giudice nazionale che non intenda ricorrere al rinvio pregiudiziale nel maturare il convincimento che l'assenza di dubbio in merito all'interpretazione del diritto dell'Unione si imporrebbe con la stessa evidenza ai suoi omologhi di altri Stati membri (v. G. TESAURO, *Sui vincoli del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale*, in *federalismi.it*, n. 6, 2020, p. 189 ss.; N. CATALANO, *La pericolosa teoria dell'"atto chiaro"*, in *Giustizia civile*, n. 1, 1983, spec. p. 8).

Si tratta di un criterio meritevole di riflessione, in quanto

l'applicazione concreta di tale criterio continua a risultare problematica ed a porre l'interrogativo della sua necessità, anche in considerazione della sua sostituzione con criteri e principi differenti da parte di molti giudici nazionali (sul punto, v. le conclusioni dell'avv. gen. Bobek, del 15 aprile 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*, il quale evidenzia che “i giudici supremi francesi dichiarano spesso che l'obbligo di rinvio pregiudiziale sorge ove sussista una «grave difficoltà» nell'interpretare il diritto dell'Unione, rendendo così l'obbligo di rinvio pregiudiziale più flessibile rispetto a quanto risulta dalla lettera e dallo spirito della sentenza CILFIT. Analogamente, altri organi giurisdizionali supremi si sono concentrati anche sulla natura della questione sollevata, indipendentemente dall'esistenza di dubbi interpretativi, quale fondamento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale” – punto 105).

Al riguardo, rimane di immutata attualità la considerazione che “l'aver ancorato l'uso di tale filtro a condizioni molto rigorose, apparentemente persino diaboliche, non può tuttavia eliminare il rischio di veder trasformati molti atti dell'Unione, notoriamente oscuri, in atti chiari; e molte norme chiare, interpretate in modo... oscuro” (G. TESAURO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, III ed., Napoli, 2021, p. 465).

Pertanto, al fine di agevolare il compito del giudice di ultima istanza, si auspica un definitivo chiarimento da parte della Corte di giustizia in merito alla valutazione del suddetto criterio, che è ricavabile implicitamente dalla stessa sentenza *Consorzio Italian Management* e non comporterebbe un cambiamento sostanziale dell'obbligo di rinvio e della teoria dell'atto chiaro.

## 2. *I chiarimenti forniti dalla sentenza Consorzio Italian Management*

Il punto di partenza della nostra breve riflessione è rappresentato dall'*arrêt* della Corte *Consorzio Italian Management*, che ha analiticamente richiamato la sentenza *Cilfit* e la giurisprudenza successiva in argomento. In particolare, la Corte di giustizia ha dedicato una grande attenzione all'obbligo di motivazione da parte del giudice nazionale di ultima istanza che decida di non sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia (v. spec. il punto 51 della sentenza). Questa decisione del giudice nazionale deve esplicitare il motivo per cui è soddisfatta una delle tre condizioni per non procedere al rinvio pregiudiziale (non rilevanza, esistenza di una giurisprudenza consolidata e assenza di un ragionevole dubbio).

Peraltro, il principio dell'equo processo richiede ai giudici interni di motivare l'eventuale rifiuto di adire la Corte di giustizia alla luce dei principi elaborati dalla sentenza *Cilfit* e dalla successiva giurisprudenza (cfr., *ex multis*, sentenza della Corte del 6 ottobre 2012, causa C-619/10, *Trade Agency*, punto 53; sentenza del 14 dicembre 2006, causa C-283/05, *ASML*, punto 28). In tal senso, diverse pronunce della Corte EDU hanno censurato l'omesso rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 6 CEDU, pur circoscrivendo significativamente la possibilità di sindacare l'inadempimento del giudice nazionale agli obblighi derivanti dall'Unione, in quanto non rientra nella sua competenza la valutazione nel merito degli errori commessi nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione (cfr. sentenze della Corte EDU del 10 aprile 2012, ric. n. 4832/04, *Vergauwen c. Belgio*, spec. punti 87 e seguenti; del 6 marzo 2013, ric. n. 12323/11, *Michaud c. Francia*; dell'8 aprile 2014, ric. n. 17120/09, *Dhabbi c. Italia*; del 21 luglio 2015, ric. n. 38369/09, *Schipani c. Italia*; dell'8 settembre 2015, ric. n. 5159/14, *Wind c. Italia*).

L'attenzione maggiore è rivolta alla motivazione del giudice interno che decida di astenersi dal sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale ritenendo che l'interpretazione corretta del diritto dell'Unione s'imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi. È ben noto, infatti, che la Corte di giustizia ha trasposto nel sistema dell'Unione la dottrina c.d. dell'*acte clair* con il duplice obiettivo di liberare dall'obbligo di rimessione il giudice posto in posizione apicale nell'ambito del sistema giurisdizionale nazionale e di chiamare quest'ultimo a svolgere una funzione di filtro per prevenire un incremento eccessivo del suo carico di lavoro ed un utilizzo distorto del rinvio pregiudiziale (cfr. F. SPITALERI, *Facoltà e obbligo di rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 121). Tuttavia, non sembra che l'obbligo di motivazione possa rispondere a standard predeterminati e rigidi, ma sia direttamente proporzionato al grado di complessità della questione di diritto dell'Unione sollevata nel giudizio (sia consentito rinviare a F. FERRARO, *Corte di giustizia e obbligo di rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza: nihil sub sole novum*, in *giustiziainsieme.it*, 23 ottobre 2021). In altri termini, si può ritenere che tanto più complessa sia la questione, tanto più sia necessario uno sforzo di motivazione, segnatamente in relazione all'assenza di un ragionevole dubbio e alla conseguente decisione di non coinvolgere la Corte di giustizia.

A ben vedere, il valore aggiunto della sentenza risiede non solo nel ripetuto richiamo all'obbligo di fornire un'adeguata motivazione sulla scelta di

non coinvolgere la Corte di giustizia, ma anche nel chiarimento fornito in ordine alla rilevanza che in questa decisione del giudice nazionale assumono le divergenze linguistiche. Tali divergenze rappresentano uno dei requisiti che il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione qualora ritenga che l'interpretazione corretta del diritto dell'Unione s'imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi. La formulazione utilizzata in una delle versioni linguistiche di una disposizione dell'Unione non può essere l'unico elemento a sostegno dell'interpretazione di questa disposizione né si può attribuire ad essa un carattere prioritario rispetto alle altre versioni linguistiche (sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 2009, cause riunite C-261/08 e C-348/08, *Zurita García e Choque Cabrera*, punto 55 e giurisprudenza ivi citata). Le norme dell'Unione devono essere, infatti, interpretate ed applicate in modo uniforme, alla luce delle versioni vigenti in tutte le lingue dell'Unione (v. sentenza del 24 marzo 2021, causa C-950/19, *A*, punto 37; dell'8 ottobre 2020, causa C-476/19, *Combinova*, punto 31). Sennonché, la Corte non ha richiesto al giudice di ultima istanza di procedere obbligatoriamente ad un esame comparativo delle versioni linguistiche, bensì di tener conto delle divergenze linguistiche di cui sia a conoscenza, segnatamente “quando tali divergenze sono esposte dalle parti e sono comprovate” (sentenza *Consorzio Italian Management*, cit., punto 44).

Queste precisazioni del giudice europeo sono pienamente condivisibili e offrono delle utili indicazioni che il giudice nazionale è senz'altro in grado di applicare nella scelta di astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto dell'Unione e di risolverla sotto la propria responsabilità.

Le altre statuizioni della sentenza *Consorzio Italian Management* ribadiscono affermazioni già contenute nella giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia. Ad esempio, proseguono lungo il percorso già tracciato dalla giurisprudenza le indicazioni della Corte in merito all'esigenza di collocare ciascuna disposizione nel suo contesto e interpretarla alla luce dell'insieme delle disposizioni di tale diritto, delle sue finalità e dello stadio della sua evoluzione nel momento della sua applicazione (tra le tante, v. sentenze del 28 luglio 2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*, punto 49; del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, punto 44). Non sembra poi una novità l'affermazione che “il giudice nazionale non può essere esonerato da detto obbligo per il solo motivo che ha già adito la Corte in via pregiudiziale nell'ambito del medesimo procedimento nazionale”, con la correlata precisazione che “esso può astenersi dal



sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte per motivi d'irricevibilità inerenti al procedimento dinanzi a detto giudice, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività" (punto 66).

3. *L'esigenza di un ulteriore chiarimento desumibile implicitamente dalla sentenza Consorzio Italian Management*

Come si è visto, il giudice dell'Unione è intervenuto in modo chiaro e puntuale sulla questione delle possibili divergenze linguistiche, aggiungendo delle ulteriori precisazioni, ma ha lasciato irrisolta la questione sul convincimento del giudice che la stessa evidenza si imporrebbe ai giudici di ultima istanza degli altri Stati membri, quale requisito necessario per omettere il rinvio pregiudiziale. L'espressione "maturare il convincimento" lascia intendere una valutazione di tipo soggettivo, più che un'analisi in termini oggettivi, sulla stessa evidenza che si imporrebbe ai giudici degli altri Stati membri in relazione all'interpretazione di una norma dell'Unione. Tale valutazione, ben motivata, non appare sindacabile se non in casi del tutto eccezionali, in quanto esprime il personale convincimento del giudice nazionale sull'assenza di un ragionevole dubbio. Oltretutto, l'espressione "maturare il convincimento" non implica necessariamente un'analisi effettiva della giurisprudenza di tutti i Paesi dell'Unione, così come non sembra che la Corte di giustizia generalmente contesti l'omessa valutazione comparativa.

Muovendo da tali premesse, c'è da chiedersi se la Corte possa estendere a questo criterio il principio elaborato in relazione alle difficoltà linguistiche, al fine di attenuare la sua rigidità e risolvere in modo definitivo la questione della sua applicazione da parte dell'organo giurisdizionale nazionale. Infatti, non appare ragionevole l'esistenza di un doppio binario a seconda che il convincimento del giudice di ultima istanza riguardi le divergenze linguistiche o la giurisprudenza nazionale di giudici di altri Stati. Vale a dire che la Corte di giustizia potrebbe richiedere al giudice interno di ultima istanza di utilizzare l'analisi comparativa solo nelle ipotesi in cui le sentenze dei giudici di ultima istanza di altri Stati membri siano "esposte dalle parti e comprovate" e, pertanto, possano dare origine all'esistenza di un dubbio ragionevole sull'interpretazione della norma dell'Unione, pur se la Corte del Lussemburgo non si è pronunciata espressamente in questi termini nella sentenza *Consorzio Italian Management* né in altre decisioni. I giudici interni di ultima istanza normalmente non applicano il criterio in

esame e continueranno a ignorarlo, in quanto non sono a conoscenza della giurisprudenza apicale degli altri 27 Stati membri (cfr. L. S. ROSSI, “*Un dialogo da giudice a giudice*”. *Rinvio pregiudiziale e ruolo dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *I Post di AISDUE*, IV, sezione Articoli, 2022, spec. p. 54), a meno che tale giurisprudenza comparata non sia “richiamata dalle parti e comprovata”. Soltanto in quest'ultimo caso, il giudice nazionale sarebbe chiamato ad esprimere in maniera circostanziata il suo convincimento sull'assenza del ragionevole dubbio avuto riguardo alle sentenze dei giudici di altri paesi dell'Unione.

Sotto questo profilo, l'auspicato chiarimento è pienamente compatibile con altri significativi passaggi della sentenza *Consorzio Italian Management*. Infatti, nella direzione di escludere l'obbligo di procedere sistematicamente ad un'analisi comparativa della giurisprudenza nazionale degli Stati membri si colloca l'affermazione della Corte che la mera possibilità di effettuare una o diverse letture di una disposizione del diritto dell'Unione non è di per sé sufficiente per ritenere soddisfatto il requisito del dubbio ragionevole (punto 48 della sentenza). In conformità al suggerimento di procedere all'analisi comparativa unicamente in presenza di divergenze dimostrate dalle parti, si pone poi il rilevante avvertimento della Corte europea al giudice nazionale di prestare particolare attenzione nell'ipotesi in cui siano portati a sua conoscenza orientamenti giurisprudenziali differenti tra i giudici nazionali di un medesimo Stato o di Stati diversi (punto 49 della sentenza), i quali rappresentano un elemento sintomatico dell'esistenza di un dubbio quanto all'interpretazione corretta del diritto dell'Unione.

La nota informativa riguardante la proposizione di domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali (“Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale”, in *GUUE* C 380/01, dell'8 novembre 2019, p. 1) corrobora l'auspicato chiarimento, giacché omette qualsiasi riferimento all'obbligo di esaminare gli ordinamenti degli altri Stati membri, al fine di consentire agli organi giurisdizionali di maturare il loro convincimento.

Si tratta, in buona sostanza, di formalizzare ciò che già avviene nella prassi dei giudici di ultima istanza e che si desume implicitamente dalla sentenza *Consorzio Italian Management*, avendo la Corte attenuato l'obbligo di rinvio in relazione alle divergenze linguistiche. Questo chiarimento per temperare la dimostrazione sull'assenza di un ragionevole dubbio non comporterebbe ulteriori modifiche e renderebbe più agevole accertare la sussistenza di questo criterio, a meno che il giudice non sia tenuto a rispondere alla fondata richiesta delle parti di procedere al rinvio sulla

scorta della possibile interpretazione suscettibile di essere data alla medesima questione da parte dei giudici degli altri Stati membri. Più in generale, il suggerito chiarimento non giustifica un *revirement* della giurisprudenza *Cilfit* né una modifica del contenuto dell'obbligo del rinvio pregiudiziale, come ipotizzato dalle note conclusioni rese dall'avvocato generale Bobek. Rimane ferma, quindi, l'esigenza di una particolare cautela da parte del giudice nazionale prima della decisione di escludere qualsiasi ragionevole dubbio sulla corretta interpretazione del diritto dell'Unione (del pari, v. le già citate conclusioni Tizzano alla causa *Lyckeskog*).

Un ulteriore *caveat* in merito a questa possibile evoluzione della giurisprudenza dell'Unione è però necessario.

L'attenuazione dell'obbligo del giudice nazionale di riferirsi autonomamente alla condotta degli organi giurisdizionali di altri Stati membri non farebbe venir meno il dovere del giudice nazionale di maturare il convincimento che l'assenza di dubbio in merito all'interpretazione del diritto dell'Unione si imporrebbe con la stessa evidenza alla Corte di giustizia. È chiaro, infatti, che non si può prescindere dalla conoscenza delle sentenze dei giudici del Lussemburgo, nell'ipotesi in cui assuma rilevanza il diritto dell'Unione per la definizione della controversia. In questa prospettiva, occorre tener presente che la violazione sufficiente qualificata del diritto dell'Unione, una delle condizioni per accertare la responsabilità risarcitoria dello Stato, è da ritenere presunta allorché la decisione del giudice nazionale sia intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in materia (sentenza sentenze della Corte del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur, Brasserie du Pêcheur e Factortame*, punto 57). Il giudice nazionale non può tralasciare la pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia anche in considerazione del fatto che il diritto dell'Unione impiega una propria terminologia e nozioni autonome, che non necessariamente coincidono con quelle equivalenti esistenti nei diritti nazionali (tra le tante, cfr. sentenze della Corte del 15 novembre 1983, causa 288/82, *Duijnste*, punto 19; del 21 ottobre 2015, causa C-215/15, *Gogova*, punto 26; del 5 novembre 2021, causa C-437/19, *État luxembourgeois* (Informazioni su un gruppo di contribuenti), punto 50). È un dato empirico che l'evoluzione tecnologica e la diffusione di numerose riviste on-line possono agevolare la tempestiva conoscenza e la comprensione di queste nozioni del diritto dell'Unione da parte dei giudici interni.

4. *Le infondate preoccupazioni dei giudici nazionali sul vulnus all'autonomia e indipendenza dei giudici derivante dall'obbligo di rinvio*

La combinazione di un obbligo di motivazione accurata e dell'esclusione dell'obbligo di procedere ad un esame comparativo della giurisprudenza degli Stati membri può rappresentare una soluzione ragionevole per un utilizzo più agevole ed efficace dello strumento pregiudiziale da parte dei giudici nazionali di ultima istanza. Da un lato, non vi è dubbio che la formulazione di una motivazione accurata da parte di tali giudici attenua sensibilmente il rischio di successive contestazioni, anche sul piano risarcitorio. Dall'altro lato, la trasformazione dell'analisi comparativa da regola ad eccezione potrebbe venire ulteriormente incontro alle preoccupazioni espresse dai giudici nazionali, segnatamente al Consiglio di Stato, in merito all'oggettiva difficoltà nell'applicazione di questo requisito e al dilagare delle azioni di risarcimento dei danni.

Nelle ipotesi di ricorso alla teoria dell'atto chiaro questa lieve correzione della giurisprudenza *Cilfit* e il rispetto dell'obbligo motivazionale sono in grado di esercitare un forte peso deterrente, eliminando o comunque riducendo notevolmente le azioni pretestuose, dilatorie e infondate.

Nondimeno, nel nostro ordinamento sono progressivamente aumentate le preoccupazioni dei giudici nazionali sulle azioni risarcitorie, in conseguenza anche dell'assenza di altri rimedi a disposizione delle parti per mettere in discussione una sentenza passata in giudicato in contrasto con il diritto dell'Unione. Invero, è stato affermato in modo inequivocabile che non ci sono frizioni tra il diritto dell'Unione e le disposizioni nazionali che non consentono al singolo di contestare una sentenza di un giudice di ultima istanza confliggente con una decisione della Corte di giustizia, per mezzo della revocazione (sentenza della Corte del 7 luglio 2022, causa C-261/21, *F. Hoffmann-La Roche*; cfr. G. GRECO, *Azione di revocazione per "mancato" rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: il Consiglio di Stato prova la via interna*, in questo *Blog*, 10 ottobre 2022) o di un ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione (sentenza della Corte del 21 dicembre 2021, causa C-497/20, *Randstad Italia*; cfr. l'Editoriale, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021, C-497/20, Randstad Italia?*, in *giustiziainsieme.it*, 10 gennaio 2022).

Tali preoccupazioni discendono, verosimilmente, anche dalla discutibile scelta di disciplinare insieme nella legge 13 aprile 1988, n. 177 ("Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e re-

sponsabilità civile” dei magistrati) tanto la responsabilità risarcitoria dello Stato quanto quella personale dei giudici per le ipotesi di violazione del diritto dell’Unione. Eppure, non si trattava di una soluzione obbligata, ma di una scelta discrezionale dello Stato italiano. Infatti, in virtù del principio dell’unità dello Stato e della conseguente indifferenza (o irrilevanza) dell’organo che abbia cagionato il danno, la Corte di giustizia si è limitata a riconoscere soltanto la responsabilità risarcitoria dello Stato, a prescindere dall’organo nazionale che abbia commesso la violazione del diritto dell’Unione (sentenze *Brasserie du Pêcheur*, cit., punto 32; del 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*, punto 27). In tal modo si realizza nel diritto dell’Unione una scissione tra il piano materiale della condotta, riconducibile a ciascun potere dello Stato, ed il piano giuridico della responsabilità, che grava esclusivamente ed unitariamente sullo Stato.

Pertanto, l’ammissibilità e le condizioni di un’azione personale nei confronti del giudice rappresentano una questione puramente interna che, come tale, va risolta sul piano nazionale. Va qui precisato che la discrezionalità dello Stato italiano, nel disciplinare questo profilo della responsabilità, non è assoluta, poiché si deve esercitare nei limiti delle norme costituzionali (artt. 101, comma 2, 102 e 108 Cost.), dei valori fondamentali dell’Unione (art. 2 TUE), delle norme convenzionali (art. 6 CEDU) e dei principi comuni ai Paesi dell’Unione sull’indipendenza e autonomia dei giudici. Ciò significa, tra l’altro, che un’interpretazione costituzionalmente orientata della legge 117/88 può impedire che venga compromessa l’autonomia e l’indipendenza dei giudici.

Sta di fatto che nel nostro ordinamento sussiste un’asimmetria tra le due azioni, poiché l’azione di regresso nei confronti del magistrato dopo il riconoscimento del risarcimento dei danni, anche se diventata obbligatoria per sottrarla all’influenza del potere politico, è più circoscritta rispetto a quella esercitabile nei confronti dello Stato, in particolare perché è soggetta al limite della negligenza inescusabile o del dolo (art. 7 della legge 117/88).

A prescindere da questa asimmetria tra le due azioni, appare dirimente la constatazione che nel diritto dell’Unione l’inosservanza dell’obbligo pregiudiziale non è sufficiente di per sé a chiamare in causa la responsabilità risarcitoria dello Stato, in quanto non consente di dimostrare l’esistenza delle tre condizioni sostanziali elaborate dalla Corte di giustizia (norma violata preordinata a conferire diritti ai singoli, violazione sufficientemente caratterizzata e nesso di causalità), se non si accompagna ad una violazione, da parte dell’organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza, di un’altra norma, principio, diritto fondamentale o sentenza dell’Unione (sia consen-

tito rinviare a F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2012; p. 106; ID., *The Consequences of the Breach of the Duty to make Reference to ECJ for a Preliminary Ruling*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2015, p. 589 ss.).

La prima condizione non sussiste, atteso che l'art. 267 TFUE non attribuisce un vero e proprio diritto al singolo, ma istituisce una cooperazione diretta tra i giudici e la Corte di giustizia, attraverso un procedimento estraneo ad ogni iniziativa di parte (sentenza della Corte del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, punti 53-55, nonché del 10 giugno 2010, causa C-140/09, *Traghetti del Mediterraneo*, punto 32).

Per quanto concerne la seconda condizione, nella giurisprudenza dell'Unione ritroviamo l'affermazione inequivocabile che la responsabilità dello Stato di risarcire i danni causati ai singoli può sussistere solo "nel caso eccezionale" in cui l'organo giurisdizionale di ultima istanza abbia violato in modo manifesto il diritto dell'Unione (ancora *Köbler*, spec. punto 53). L'inosservanza dell'obbligo di rinvio rappresenta soltanto uno degli elementi che il giudice interno deve considerare (unitamente ad altri, quali il margine di discrezionalità, la scusabilità dell'errore, la chiarezza della norma violata, l'intenzionalità della violazione), per accertare la sussistenza della violazione manifesta.

Un ulteriore ostacolo consiste nella difficoltà, se non impossibilità, di provare l'esistenza della terza condizione, consistente nel nesso eziologico diretto tra l'inadempimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ed il danno subito. Difatti, grava sul singolo l'onere di dimostrare (quanto meno in termini di perdita di chance) che l'organo giurisdizionale di ultima istanza avrebbe potuto adottare una decisione a lui favorevole se ci fosse stato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Non si comprende come possa sussistere questa condizione se dall'omesso rinvio pregiudiziale non scaturisca una pronuncia in contrasto con il diritto dell'Unione.

L'esistenza di queste tre condizioni è difficile da dimostrare anche quando la violazione dell'obbligo del rinvio conduca ad una non corretta interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione. Questa ipotesi patologica non si traduce automaticamente nel riconoscimento della responsabilità risarcitoria dello Stato per fatto del giudice, sia perché la violazione del diritto dell'Unione deve essere manifesta, sia perché il nesso eziologico è piuttosto difficile da provare in tutte le azioni risarcitorie, sia perché le condizioni procedurali nazionali spesso costituiscono un ulteriore ostacolo da superare. Rimane a tal punto problematico ottenere il risarcimento dei danni nel caso di specie che l'avvocato generale Hogan ha suggerito di

rendere le condizioni per la condanna dello Stato più agevoli, ritenendo “il rimedio del tipo Francovich [...] un’illusione piuttosto che una realtà” (conclusioni del 9 settembre 2021 alla causa C-497/20, *Randstad Italia*, punto 82).

Pur essendo comprensibili le preoccupazioni sull’aumento considerevole del numero delle azioni risarcitorie, i giudici nazionali possono essere quindi rasserenati sull’esito negativo della maggioranza di tali azioni, che non sono generalmente in grado di soddisfare le condizioni per il riconoscimento della responsabilità dello Stato. Stando così le cose, è piuttosto difficile, se non in casi del tutto eccezionali, che verranno esperite con successo le azioni di rivalsa nei confronti dei singoli magistrati che abbiano ommesso di sottoporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Le altre possibili reazioni di carattere generale all’omesso rinvio (la procedura di infrazione e il ricorso alla Corte EDU) incontrano difficoltà analoghe a quelle dell’azione di risarcimento dei danni, potendo, peraltro, fornire una soluzione insoddisfacente per gli interessi delle parti danneggiate da una sentenza passata in giudicato. Si ritiene, infatti, che meriti ulteriori approfondimenti e riflessioni la possibilità sul piano nazionale di consentire di rimediare in talune ipotesi, sia pure eccezionali e circoscritte, ad una pronuncia definitiva dei giudici comuni in contrasto con una pronuncia della Corte di giustizia (sui rimedi interni in caso di incompatibilità del diritto nazionale con la norma dell’Unione, cfr. L. S. ROSSI, *op. cit.*, p. 58). Una delle possibili soluzioni consiste nell’introduzione in via legislativa di una nuova ipotesi di revocazione sulla scia di quanto previsto per le sentenze della Corte EDU (art. 1, comma 10, l. n. 206/2021). Questa soluzione andrebbe però adattata alle peculiarità dell’ordinamento dell’Unione che, per un verso, non contempla un’azione diretta del singolo per ottenere una sentenza pregiudiziale o di infrazione e, per altro verso, ha una competenza che non si limita alla tutela dei diritti fondamentali, ma ben più estesa.

Per quanto concerne la questione della connessione tra obbligo di rinvio e ragionevole durata del processo, l’allungamento dei termini del giudizio appare fisiologico e connesso alla struttura del rinvio pregiudiziale, che si fonda sia sulla collaborazione tra il giudice interno e la Corte di giustizia, sia sull’esistenza di due procedimenti, uno nazionale e l’altro dell’Unione. Il rinvio pregiudiziale rappresenta un incidente all’interno di un giudizio e, sotto questo profilo, presenta alcune analogie con il procedimento di costituzionalità. Si tenga altresì presente che la durata del procedimento dinanzi al giudice dell’Unione è piuttosto breve se paragonata a quella dei giudizi nazionali (in media, è di circa 16 mesi per una domanda

pregiudiziale). Peraltro, è diventata di stringente attualità la proposta di devolvere al Tribunale la competenza a conoscere di questioni pregiudiziali in specifiche materie, che potrebbe alleggerire il carico di lavoro della Corte e, verosimilmente, ridurre la durata dei giudizi pregiudiziali.

In definitiva, non sembra che allo stato sia riscontrabile nell'ordinamento italiano un *vulnus* all'autonomia e all'indipendenza dei giudici di ultima istanza, né al principio della durata ragionevole del processo, derivante dall'obbligo di rinvio pregiudiziale. Tuttavia, è ipotizzabile, oltre che auspicabile, che la Corte di giustizia risponda ai quesiti pregiudiziali formulati dal Consiglio di Stato, chiarendo in modo espreso che il giudice nazionale di ultima istanza non è tenuto ad esaminare la giurisprudenza apicale di altri Stati membri per sottrarsi all'obbligo pregiudiziale, a meno che tale giurisprudenza comparata non sia "richiamata dalle parti, comprovata" e in grado di ingenerare un dubbio ragionevole sull'interpretazione della norma dell'Unione.





LESS IS MORE (PER ORA)? IDENTITÀ NAZIONALE E LIMITI  
ALLE LIBERTÀ DI MERCATO NEL CASO CILEVIČS

**Federico Ferri\***

SOMMARIO: 1. Principali elementi di fatto e di diritto alla base della causa. – 2. Brevi osservazioni sulla ricevibilità della questione pregiudiziale. – 3. Conclusioni dell’Avvocato generale e pronuncia della Corte: sovrapposizioni e divergenze. – 4. Considerazioni generali.

1. *Principali elementi di fatto e di diritto alla base della causa*

La sentenza *Cilevičs* del 7 settembre 2022 ravviva il dibattito sui limiti alle libertà fondamentali del mercato interno a fronte del ricorso alla clausola dell’identità nazionale (o clausola identitaria) prevista dall’art. 4, par. 2, TUE. Il caso è di interesse anche perché trae origine da un rinvio pregiudiziale esperito dalla Corte costituzionale di uno Stato membro.

Gli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano il giudizio principale possono essere riassunti come segue.

Nel 2018, il Parlamento della Lettonia aveva modificato la legge nazionale sugli istituti di istruzione superiore. La riforma aveva investito anche gli artt. 5 e 56 della legge. L’art. 5 era stato emendato sì da imporre agli istituti di istruzione superiore privati di coltivare e sviluppare non solo le scienze e le arti, ma anche la lingua ufficiale della Repubblica lettone. In virtù di ciò, il nuovo art. 56 prescriveva che i programmi di studi di questi istituti fossero impartiti in lingua lettone. L’erogazione di corsi in lingua straniera sarebbe stata ammissibile in ipotesi eccezionali, tra l’altro con l’aggiunta di limitazioni di carattere temporale. E solamente due istituti regolati da leggi speciali potevano continuare a offrire corsi in lingua straniera: le scuole superiori di diritto e di scienze economiche di Riga.

In apparenza, la questione era stata affrontata in un’ottica esclusivamente interna, tant’è che alcuni membri del Parlamento nazionale avevano proposto un sindacato di legittimità costituzionale avverso quelle due disposizioni. Segnatamente, essi ritenevano che fossero intaccati gli artt. 1

\* Assegnista di ricerca in Diritto dell’Unione europea, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna – 13 novembre 2022.

(principio di legalità), 105 (diritto di proprietà) e 112 (diritto all'istruzione) della Costituzione, in quanto la riforma legislativa avrebbe limitato le prerogative economiche e l'autonomia di tali istituti, nonché la libertà accademica del loro personale docente e dei loro studenti.

Nella sostanza, però, sono emersi anche problemi di conformità tra diritto nazionale e diritto UE. L'opinione dei ricorrenti nel giudizio di costituzionalità era che gli emendamenti apportati alla legge nazionale sugli istituti di istruzione superiore violassero la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi, *ex artt.* 49 e 56 TFUE, oltre alla libertà d'impresa, sancita dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali.

La Corte costituzionale, tra le altre cose, ha ricondotto la tutela della lingua lettone anche all'art. 4, par. 2, TUE, secondo cui l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale; inoltre, ha constatato che, ai sensi dell'art. 165 TFUE, il contenuto e l'organizzazione dell'istruzione superiore rientrano nella competenza degli Stati membri. Nonostante ciò, la Corte costituzionale ha riconosciuto che le libertà fondamentali del mercato interno dell'Unione si applicano anche nei settori per i quali detti Stati membri restano competenti. Pertanto, ha espresso dubbi circa la conformità dei predetti obblighi a carico di istituti di istruzione superiore privati con l'art. 49 TFUE e, in via ulteriore, anche con l'art. 56 TFUE e l'art. 16 della Carta. Ed è proprio sull'interpretazione di tali disposizioni nel contesto appena tratteggiato che la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi.

## 2. *Brevi osservazioni sulla ricevibilità della questione pregiudiziale*

Va detto innanzitutto che la Corte di giustizia ha dichiarato ricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale, malgrado la Commissione fosse di diverso avviso. Ciò soprattutto perché la Corte costituzionale lettone, prima di attivare il rinvio pregiudiziale, aveva già rilevato un contrasto tra le disposizioni nazionali venute in rilievo ed alcune norme costituzionali. Poi aveva deciso di continuare il giudizio di costituzionalità su quelle medesime disposizioni con riguardo a una prospettiva specifica, ossia quella che si affaccia sul diritto primario UE in materia di mercato interno e libertà di impresa. In aggiunta, durante il procedimento instaurato presso la Corte di giustizia, il legislatore lettone aveva modificato la normativa contestata, al fine di conformarsi alla (prima) decisione della Corte costituzionale.

Su questo punto, rifacendosi a una giurisprudenza da tempo consolidata, le conclusioni dell'Avvocato generale Emiliou e la sentenza della Corte di giustizia avanzano la medesima soluzione, che consiste nell'accordare una presunzione di rilevanza alla questione proposta dal giudice nazionale, dal momento che solo la manifesta assenza di rapporto tra quesito e causa interna potrebbe giustificare l'omesso sindacato sotteso al procedimento di cui all'art. 267 TFUE. Uno specifico corollario di questa statuizione, posto che nel caso concreto era stata la stessa Corte costituzionale lettone a indicare la volontà di procedere, è che una pronuncia della Corte di giustizia su elementi di diritto aggiuntivi rispetto a quelli che fungevano da parametro di validità della declaratoria di incostituzionalità ben potrebbe stimolare conseguenze giuridiche, tra cui nuovi orientamenti della giurisprudenza costituzionale o interventi aggiuntivi del legislatore nazionale.

Rispetto alle conclusioni dell'Avvocato generale, poi, la sentenza ha cura di precisare che la fattispecie in oggetto di causa non deve essere valutata come puramente interna (sul tema si rinvia a D. DIVERIO, *Situazioni puramente interne e principi generali dell'ordinamento dell'Unione*, in AA.VV. (a cura di), *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 15 ss.; D. P. DOMENICUCCI, *Il rinvio pregiudiziale e i confini mobili delle "situazioni puramente interne"*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 77 ss.) e finisce dunque per giustificare l'applicazione – almeno in astratto – del diritto UE sulle libertà di mercato. D'altronde, le disposizioni nazionali che in ultima analisi potrebbero essere annullate sono potenzialmente riferibili anche a persone giuridiche o fisiche di altri Stati membri, così che la pronuncia finale della Corte costituzionale avrebbe un impatto "esterno" per lo meno indiretto.

### 3. *Conclusioni dell'Avvocato generale e pronuncia della Corte: sovrapposizioni e divergenze*

Passando all'esame sul merito, la Corte di giustizia e l'Avvocato generale Emiliou offrono un'interpretazione del diritto UE che in linea di principio non osterebbe alle disposizioni nazionali che impongono – a fronte di talune eccezioni – anche agli istituti superiori privati di promuovere la lingua lettone e, di conseguenza, di astenersi dall'erogare programmi in lingua straniera. Tuttavia, i ragionamenti alla base della sentenza e delle conclusioni presentano differenze.

Tanto la Corte quanto l'Avvocato generale muovono dalla considerazione che la fattispecie deve essere analizzata nel quadro della libertà fondamentale che all'atto pratico risulta essere prevalente, vale a dire la libertà di stabilimento. Sul primo fronte del conflitto tra norme rileva dunque solo l'art. 49 TFUE: da un lato, esso di fatto assorbe i precetti dell'art. 16 della Carta; dall'altro, la libera prestazione di servizi, *ex art.* 56 TFUE, nel caso concreto è giudicata secondaria.

Sul fronte opposto, invece, si colloca l'art. 4, par. 2, TUE, che si estende alla promozione della lingua ufficiale di uno Stato membro al suo interno. E tale obiettivo, almeno in teoria, può giustificare restrizioni agli obblighi derivanti dalla libertà di stabilimento. Vale la pena sottolineare che l'Avvocato generale, a differenza della Corte, si era prodotto in un tentativo di chiarimento della portata della clausola dell'identità nazionale, circoscrivendola agli aspetti costituzionali "centrali" di ciascuno Stato membro.

Resta ora da affrontare il conflitto in sé, per appurare se la restrizione invocata attraverso la clausola dell'identità sia idonea e proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito.

Riguardo al primo punto, mentre l'Avvocato generale era dell'opinione che non fossero disponibili elementi di fatto e di diritto per compiere una scelta univoca, la Corte ritiene che la misura nazionale sindacata nel giudizio principale sia idonea, perché appare realmente rispondente all'obiettivo prefigurato e attuata in modo coerente e sistematico.

Quanto al *test* di proporzionalità, gli approcci di Avvocato generale e Corte divergono ulteriormente.

Per un verso, l'Avvocato generale puntualizzava che il giudizio finale sarebbe stato di competenza della Corte costituzionale lettone, tenendo presente che il concetto di identità nazionale dipende dalla valutazione di elementi molto specifici e radicati nel tessuto costituzionale di uno Stato membro. Le conclusioni lasciano però intendere che l'obbligo (*rectius*, il divieto) discendente dalla legge lettone non sembra essere proporzionato, benché la valutazione definitiva sia lasciata al giudice del rinvio. Per l'Avvocato generale le eccezioni al divieto erano poche e deboli e le limitazioni imposte avrebbero interferito pesantemente con molti altri interessi pubblici e privati riconosciuti come meritevoli di tutela dal diritto primario UE. Gli esempi riferiti sono: la libertà accademica dei docenti ed il diritto di creare istituti di insegnamento (riconducibili agli artt. 13 e 14 della Carta); il diritto dei cittadini dell'Unione di non essere discriminati sulla base della lingua quando lavorano – o sono occupabili – nel settore dell'istruzione superiore di un altro Stato membro (riconducibile all'art. 21

par. 1, della Carta); i diritti delle minoranze linguistiche (riconducibili all'art. 22 della Carta, ma anche gli artt. 3, par. 3, e 2 TUE).

Dal canto suo, la Corte non si spinge fino ai punti toccati dall'Avvocato generale. Al contrario, si limita a precisare che, sebbene l'art. 4, par. 2, TUE riconosca agli Stati membri un ampio potere discrezionale nella scelta delle misure a difesa della lingua ufficiale, la clausola dell'identità nazionale non può essere utilizzata in modo da giustificare gravi pregiudizi ai diritti riconosciuti e garantiti ai singoli dal diritto UE. Affinché un simile pericolo sia scongiurato, una misura come quella adottata dal Parlamento lettone deve prevedere apposite eccezioni. Segnatamente, deve essere previsto l'uso di una lingua straniera almeno nei corsi impartiti nell'ambito di una cooperazione europea e internazionale e nei corsi inerenti alla cultura e alle lingue diverse dal lettone. Al di là di queste indicazioni, la Corte costituzionale lettone non riceve orientamenti di sorta, mantenendo pertanto un margine di manovra consistente per assumere la decisione finale.

#### 4. Considerazioni generali

La sentenza *Cilevičs* rappresenta un nuovo tassello di un mosaico ancora piuttosto indefinito, soprattutto con riferimento al ricorso alla clausola di identità nazionale come deroga alla completa applicazione del diritto UE (in argomento, v. *amplius* G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea: natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2018, p. 79 ss.). Di certo la causa, nel suo complesso, trascende i rapporti tra mercato interno e politiche nelle quali l'Unione ha competenze tenui, come istruzione e cultura (artt. 165 e 167 TFUE; per approfondimenti sull'argomento si rinvia a B. CORTESE, *Mercato interno e politiche culturali nazionali. La difficile ricerca di un equilibrio nel processo di auto-costituzione dell'ordinamento interindividuale comunitario*, in L. ZAGATO, M. VECCO (a cura di), *Citizens of Europe. Culture e diritti*, Venezia, 2015, p. 17 ss.).

Tuttavia, ciò che desta maggiore interesse in *Cilevičs* è probabilmente quello che la Corte non dice, per lo meno in rapporto alle considerazioni sviluppate dall'Avvocato generale. In questa sede, ci si intende soffermare su due spunti offerti dal caso analizzato.

i) L'aspetto più problematico risiede nell'incertezza concettuale di una nozione, quella di identità nazionale, contenuta in una previsione normati-

va giustiziabile, oltre che autonoma rispetto ad altre disposizioni che solitamente vengono richiamate assieme ad essa: tra queste, anche l'art. 3, par. 3, TUE e l'art. 22 della Carta (v. più nel dettaglio G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale*, cit., p. 66 ss.).

Benché non sia ancora stato chiarito l'insieme di prerogative che possono essere coperte dalla clausola identitaria, in dottrina di solito vengono avanzate tesi a sostegno di un'interpretazione restrittiva, onde evitare di creare surrettiziamente i presupposti per un uso abusivo dell'art. 4, par. 2, TUE da parte degli Stati membri (ad esempio, B. DE WITTE, *Article 4(2) TEU as a Protection of the Institutional Diversity of the Member States*, in *European Public Law*, n. 3, 2021, p. 559 ss.). La disposizione dovrebbe quindi riferirsi essenzialmente ai principi strutturali e alle funzioni essenziali degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, e in ogni caso incontra il limite invalicabile del rispetto dei valori fondanti dell'Unione (G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale*, cit., p. 142; L. S. ROSSI, 2, 4, 6 (TUE)... *l'interpretazione dell'“Identity clause” alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in AA.VV. (a cura di), *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 864 ss.).

Vi è poi un'ulteriore questione discendente dal problema appena riassunto e riconducibile sia allo “*European composite constitutionalism*”, del quale la clausola identitaria è manifestazione tangibile (v. più dettagliatamente A. VON BOGDANDY, S.W. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, n. 5, 2011, p. 1417 ss.), sia, nello specifico, alla “porosità” del mercato interno (S. WEATHERILL, *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford, 2017, p. 141); capire cioè fino a che punto possa spingersi la Corte di giustizia per offrire criteri o indicatori suscettibili di ricostruire in tutto o in parte l'espressione in commento (sulla complessità del quesito v. anche L. BESSELINK, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, n. 3, 2010, p. 44 ss.). Il rischio, infatti, è che l'eventuale interventismo dei giudici di Lussemburgo sconfini a ridosso di delicate “linee rosse” che demarcano il perimetro di aree sottoposte all'esclusiva responsabilità degli Stati membri. Invero, non mancano opinioni secondo cui spetterebbe alla Corte di giustizia, e non ai giudici nazionali, incluse le Corti costituzionali, stabilire cosa possa rientrare nella clausola identitaria e cosa debba rimanere fuori (di recente, P. IANNUCELLI, *La sentenza Randstad, ovvero la Corte di giustizia si accontenta (apparentemente) di fare l'arbitro in casa sua*, 8 febbraio 2022, in AA.VV., *Quaderni AISDUE 2022/1*, Napoli, 2022, pp. 319 e 320).

A fronte di queste criticità, certamente idonee ad acuire tensioni latenti tra ordinamenti, l'Avvocato generale Emiliou ha assunto un approccio proattivo, realizzando una rapida analisi del campo di applicazione dell'art. 4, par. 2, TUE. Nel sostenere che solo gli aspetti costituzionali centrali di uno Stato possono essere ricondotti alla rispettiva struttura fondamentale, l'Avvocato generale ha indirettamente confermato la limitatezza del concetto di identità nazionale, secondo le opinioni di cui si è dato conto poc' anzi. Sennonché, rifacendosi alle conclusioni dell'Avvocato generale Kokott nella causa *V.M.A.*, egli ha anche precisato che gli Stati membri godrebbero di un ampio margine di discrezionalità per determinare gli elementi che fanno parte del "nucleo" della (dunque, non dell'intero concetto di) identità nazionale (punto 86 delle conclusioni). Ebbene, questa attitudine non è tipica della giurisprudenza della Corte di giustizia, che solo di rado ha raggiunto certi livelli di dettaglio quando si è approcciata all'identità nazionale (M. BONELLI, *Has the Court of Justice embraced the language of constitutional identity?*, in *Diritti comparati*, 26 aprile 2022). In più, è appena il caso di puntualizzare che la teoria dell'Avvocato generale Kokott nella causa *V.M.A.* sembra in realtà più equilibrata: effettivamente, le sue conclusioni non si limitano a sostenere che il contenuto preciso della nozione di identità nazionale potrebbe variare da uno Stato membro all'altro e che, a tal fine, debba essere determinato tenendo conto di elementi di diritto interno; esse aggiungono altresì che l'art. 4, par. 2, TUE, lungi dall'operare un mero rinvio alle concezioni del diritto costituzionale degli Stati membri, "introduce una nozione autonoma di diritto dell'Unione la cui interpretazione spetta alla Corte" (punto 70).

Il ragionamento della Corte di giustizia sul tema in discussione è risultato invece più cauto. È vero che in base alla sentenza *Cilevičs* (punto 82, ove si rinvia alla nota pronuncia *Sayn-Wittgenstein*, punto 91) "non è indispensabile che la misura restrittiva adottata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o del legittimo interesse in questione". Tuttavia, il passaggio citato non concerne tanto l'esegesi del concetto di identità nazionale, quanto i presupposti per la valutazione della necessità e della proporzionalità delle disposizioni nazionali di cui trattasi. E ancora, quando la Corte accenna agli ampi poteri discrezionali di cui godono gli Stati membri non lo fa per consentire ai livelli nazionali di stabilire in via autonoma cosa sia l'identità nazionale e cosa ricada nella sfera di questa espressione, ma per chiarire come possono essere scelte le misure a difesa della lingua della Repubblica lettone.



È verosimile che la Corte abbia avvertito l'esigenza di non addentrarsi più di tanto nel territorio esplorato dall'Avvocato generale Emiliou, accontentandosi di riproporre il consolidato collegamento tra tutela della lingua nazionale e clausola identitaria nel quadro dell'art. 4, par. 2, TUE. D'altronde, l'opportunità di attingere alla propria giurisprudenza sul punto permetteva di saltare in via automatica il passaggio di un'eventuale ricostruzione concettuale dell'istituto. In proposito, è sufficiente rammentare che al caso di specie potevano essere applicate per analogia le conclusioni raggiunte nelle sentenze *Runevič-Vardyn e Wardyn* del 2011 (relativa alla libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione in forza dell'art. 21 TFUE) e *LAS* del 2013 (sulla libera circolazione dei lavoratori subordinati prevista dall'art. 45 TFUE).

Se ne ricava che da questo punto di vista la sentenza *Cilevičs* non altera lo *status quo* della giurisprudenza sulla clausola identitaria, quanto meno circa l'ammissibilità in astratto del richiamo alla tutela della lingua nazionale come valida giustificazione a restrizioni di una libertà di mercato. Al contempo, la pronuncia non determina avanzamenti funzionali all'ottenimento di una visione più nitida del concetto di identità nazionale, cosa che permetterebbe di scongiurare in modo più efficace che la clausola *ex art. 4, par. 2, TUE* venga utilizzata dagli Stati membri per pregiudicare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione. Ciò anche in considerazione del fatto che, in relazione all'attivazione della clausola identitaria ad opera di uno Stato membro, l'accurata identificazione delle ragioni per le quali si considera invocabile tale meccanismo dovrebbe essere intesa come una specificazione degli obblighi di leale cooperazione, in ossequio ad un'interpretazione del par. 2 dell'art. 4 TUE che tenga debitamente conto anche del successivo terzo paragrafo (in questo senso F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione Europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020, pp. 207-208).

ii) Il secondo spunto di riflessione è dato dalle modalità di esecuzione e dall'esito del *test* di proporzionalità applicato alla misura interna.

Va detto anticipatamente che il giudizio di proporzionalità sulle misure interne che esprimono l'identità nazionale di uno Stato membro è un processo denso di insidie. Non a caso, anche per evitare quello che è stato definito un "*casual and spurious use*" dell'art. 4, par. 2, TUE, in dottrina è stata proposta una sequenza di punti chiave da seguire per comprendere se la misura interna, in apparente contrasto con il diritto UE, sia giustificabile mediante la clausola di identità nazionale (G. DI FEDERICO, *The Potential of Article 4(2) TEU in the Solution of Constitutional Clashes Based on Alle-*

*ged Violations of National Identity and the Quest for Adequate (Judicial) Standards*, in *European Public Law*, n. 3, 2019, p. 371 ss.): in specie, dopo avere ravvisato una ragione imperativa che consenta di attivare la clausola, occorrerebbe verificare la presenza di un collegamento sufficientemente intenso tra misura interna e principio strutturale costituzionale o funzione essenziale invocata dallo Stato membro, nonché dimostrare la sussistenza di un pregiudizio sufficientemente serio per l'identità nazionale dello Stato in questione in assenza di detta misura.

Nel caso *Cilevičs* spicca nuovamente l'intensità delle conclusioni dell'Avvocato generale, che si sviluppano lungo una linea di pensiero per certi versi sinusoidale. E ancora una volta le considerazioni prospettate suscitano più considerazioni.

Innanzitutto, non è trascurabile il fatto che l'Avvocato generale abbia proposto di affidare la valutazione in concreto della proporzionalità al giudice del rinvio, ritenendo che fosse nelle condizioni ideali per procedere (punti 91-92 delle conclusioni). Si tratterebbe di un potere considerevole, che ha come risolto la conduzione di un sindacato estremamente complesso. Eppure, la postilla, aggiunta alla statuizione, è che la Corte di giustizia può senz'altro offrire al giudice interno "tutti gli elementi di interpretazione che possano essere loro utili per procedere a tale analisi" (punto 93), operazione che in sostanza consentirebbe ai giudici dell'Unione di orientare la decisione finale, se del caso anche in maniera decisiva. Anzi, a ben vedere è lo stesso Avvocato generale che avanza criteri per suggerire l'incompatibilità della legge lettone con il diritto UE. Vi è chi ha comprensibilmente ritenuto che sia questo l'elemento più peculiare delle conclusioni (X. P. ARZOZ, *When protecting the national language is broadly compatible with EU law (but the national court is kindly invited to reach the opposite conclusion): AG Emiliou on higher education language policy in Latvia – Case Boriss Cilevičs and Others (C-391/20)*, in *eulawlive.com*, 21 March 2022).

La soluzione della Corte è stata più prudente, quasi didascalica (o forse pragmatica?), e va collocata in un panorama giurisprudenziale a tratti frammentato, contrassegnato da sentenze che talvolta lasciano al giudice interno il potere/onere di condurre il *test* di proporzionalità e talaltra completano autonomamente detta valutazione, per giunta con esiti potenzialmente differenti (per una ricognizione in proposito si rinvia a E. ORBÁN, *Constitutional identity in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, 10 May 2022, p. 21 ss.). Basta prendere ad esempio le cause *Runevič-Vardyn e Wardyn* e *LAS* –

richiamate *supra* – ove la tutela della lingua nazionale era invocata dallo Stato membro come limite all'applicazione delle libertà di circolazione in nome dell'identità nazionale. Mentre con la prima sentenza la Corte aveva riconosciuto un certo margine di manovra al giudice interno ai fini della decisione finale, con la seconda pronuncia aveva concluso autonomamente che la misura nazionale era sproporzionata. Ciò non toglie che anche quando l'approccio della Corte al *test* di proporzionalità applicato alla clausola di identità nazionale è stato deferente, si è ravvisato che il giudice del rinvio normalmente ha ricevuto indicazioni piuttosto precise (M. STARITA, *L'identità costituzionale degli Stati membri dell'Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 1, 2015, p. 255). Pertanto, l'argomentazione molto succinta della Corte nella sentenza *Cilevičs* mal si concilia con l'opinione di chi reputa che in casi come quello in analisi il requisito del rispetto della proporzionalità dovrebbe essere vagliato in modo scrupoloso (per tutti, E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, Oxford, 2015, p. 288 ss.).

Semmai, conviene annotare che la Corte individua quale limite operativo della clausola identitaria il “grave” pregiudizio alle libertà fondamentali dei singoli. Tale posizione chiarisce un aspetto che in precedenza aveva stimolato qualche lieve divergenza di vedute in seno alla Corte. A titolo di esempio, la sentenza *Runevič-Vardyn e Wardyn* – citata nella sentenza *Cilevičs* – alludeva a “seri inconvenienti” (punto 78), laddove l'Avvocato generale Jääskinen, nelle conclusioni della causa *LAS*, spiegava invece che l'identità nazionale non avrebbe potuto essere fatta valere per giustificare «una restrizione» (sottinteso, non necessariamente grave) alle libertà fondamentali riconosciute ai cittadini dell'Unione (punto 57).

Anche riguardo ai mezzi da mettere in atto per scongiurare questo pericolo, la Corte lascia al giudice del rinvio (oltre che, in via indiretta, al legislatore nazionale) una libertà di azione abbastanza marcata, evitando di immaginare possibili contrasti tra il divieto imposto dalla legge lettone e i diritti fondamentali messi in luce dall'Avvocato generale Emiliou. In effetti, norme come gli artt. 13, 14 e 22 della Carta, che inglobano, rispettivamente, la libertà accademica, il diritto all'istruzione e i diritti delle minoranze linguistiche, hanno avuto sinora un ruolo limitato nella prassi giurisprudenziale della Corte di giustizia (ad es., sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, causa C-66/18, *Commissione c. Ungheria* (Enseignement supérieur)). Per informazioni recenti, v. S. SAYERS, *Article 13 – Freedom of the Arts and Sciences*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (EDS.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, II ed., Oxford, 2021, p.

405 ss.; G. GORI, *Article 14 – Right to Education*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *op. cit.*, p. 429 ss.; R. CRAUFURD SMITH, *Article 22 – Cultural, Religious and Linguistic Diversity*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *op. cit.*, p. 639 ss.). Parimenti, si ritiene appropriata l'omissione di qualsivoglia riferimento ai diritti delle minoranze nel contesto dei valori fondanti UE: la Corte ha giustamente preferito non sbilanciarsi su questioni che implicano un'ottima conoscenza del contesto politico e sociale del singolo Stato membro.

In conclusione, la sentenza *Cilevičs* certifica oltremodo il *self-restraint* della Corte di giustizia in rapporto all'evoluzione concettuale e – in parte – operativa dell'identità nazionale. È possibile che la sentenza abbia disatteso gli auspici di quei commentatori che da tempo invocano un maggiore attivismo della Corte per fronteggiare possibili forzature interpretative della giurisprudenza costituzionale degli Stati membri tramite operazioni eventualmente tese a “ri-nazionalizzare” la clausola dell'art. 4, par. 2, TUE (ad esempio, P. FARAGUNA, *On the Identity Clause and Its Abuses: 'Back to the Treaty'*, in *EPL*, n. 3, 2021, p. 446). Forse non era questa l'occasione “propizia” per procedere in tal senso, anche alla luce delle iniziative già assunte dalla Corte costituzionale e dal Parlamento della Lettonia nei confronti della normativa interna contestata. È però ragionevole attendersi che l'orientamento mantenuto dalla Corte in *Cilevičs* sia solo una tappa provvisoria, perché la questione giuridica di fondo è destinata a riproporsi (e a riprodursi).



AZIONE DI REVOCAZIONE PER “MANCATO”  
RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA:  
IL CONSIGLIO DI STATO PROVA LA VIA INTERNA

**Ginevra Greco\***

SOMMARIO: 1. I tentativi di estensione dell’istituto tramite l’intervento della Corte di giustizia. – 2. La rimessione della questione all’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

1. *I tentativi di estensione dell’istituto tramite l’intervento della Corte di giustizia*

Dopo la sentenza della Corte di giustizia del 7 luglio 2022, causa C-261/21, *Hoffmann-La Roche* (in tema di azione di revocazione) e il rinvio pregiudiziale della quarta Sezione (ordinanza n. 2545 del 6 aprile 2022, sull’obbligo di rinvio pregiudiziale), pare aprirsi un nuovo capitolo della saga “del rapporto” tra rinvio pregiudiziale e ricorso per revocazione (per una più ampia ricostruzione sul rinvio pregiudiziale e sul ruolo dei giudici nazionali cfr. L. S. ROSSI, “*Un dialogo da giudice a giudice*”. *Rinvio pregiudiziale e ruolo dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *I Post* di AISDUE, IV (2022), sezione “Articoli”, n. 4, 23 maggio 2022).

Infatti, con ordinanza n. 8436 dello scorso 3 ottobre 2022, la quinta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all’Adunanza Plenaria le seguenti questioni: “*a) se e a quali condizioni la condotta del giudice che ometta di pronunciarsi sull’istanza di rinvio alla Corte di giustizia dell’Unione europea formulata da una delle parti in causa ex art. 267 T.F.U.E. sia qualificabile come omissione di pronuncia dovuta ad errore di fatto con conseguente ammissibilità della revocazione della sentenza pronunciata ai sensi degli artt. 106 cod. proc. amm. e 395, comma 1, n. 4) cod. proc. civ.; b) in particolare, se configuri l’omissione di pronuncia di cui sopra il caso in cui il giudice non si sia pronunciato sull’istanza di rinvio in conseguenza di un fraintendimento in cui è incorso in merito alla questione di possibile incompatibilità delle dispo-*

\* Ricercatrice di diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Palermo – 10 ottobre 2022.

*sizioni interne da applicare per risolvere la controversia con il diritto dell'Unione europea prospettata dalla parte nei motivi di appello”.*

La quinta Sezione tiene conto sia della sentenza della Corte di giustizia, del 21 dicembre 2021, causa C-497/20, *Randstad Italia* (in tema di ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione), sia della sentenza, già richiamata, del 7 luglio 2022 (causa C-261/21 *Hoffmann – La Roche*) in conseguenza di rinvio operato dallo stesso Consiglio di Stato. In entrambe le sentenze, la Corte di giustizia ha giudicato che non ostino con il diritto UE le norme interne che assicurano un rimedio giurisdizionale che sia equivalente a quello con il quale è garantita la tutela di situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Unione (principio di effettività).

In particolare, nella sentenza del 7 luglio del 2022 la Corte di giustizia si è soffermata proprio sulla (mancanza) dell'azione di revocazione, statuendo che le norme pertinenti dell'Unione europea “*non ostano a disposizioni di diritto processuale di uno Stato membro che, pur rispettando il principio di equivalenza, producono l'effetto che, quando l'organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa di tale Stato membro emette una decisione risolutiva di una controversia nell'ambito della quale esso aveva investito la Corte di una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi del suddetto articolo 267, le parti di tale controversia non possono chiedere la revocazione di detta decisione dell'organo giurisdizionale nazionale sulla base del motivo che quest'ultimo avrebbe violato l'interpretazione del diritto dell'Unione fornita dalla Corte in risposta a tale domanda”.*

Per il diritto dell'Unione europea, infatti, il rimedio per violazione da parte del giudice nazionale del diritto UE è garantito dall'azione di risarcimento del danno. Infatti, i singoli, che siano stati eventualmente lesi dalla violazione del loro diritto a un ricorso effettivo a causa di una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado che si ponga in contrasto con il diritto dell'Unione europea, possono far valere la responsabilità dello Stato membro se la violazione ha carattere sufficientemente qualificato e in caso di esistenza di nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dal soggetto leso.

Già però con l'ordinanza di rinvio dello scorso aprile *supra* richiamata, il Consiglio di Stato ha posto la problematica del forte rischio di subire procedimenti di responsabilità civile e disciplinare. Tale criticità è stata sollevata dopo l'interpretazione della Corte di giustizia sui requisiti motivazionali richiesti nella sentenza c.d. *Cilfit II* (sentenza della Corte del 6 otto-

bre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*, sul tema si veda L. DANIELE, *Si può “migliorare” CILFIT? Sulla sentenza Consorzio Italian Management*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2022; F. SPITALERI, *Le finalità dell’obbligo di rinvio pregiudiziale: brevi riflessioni a margine della sentenza Consorzio Italian Management*, in questo Blog, 25 gennaio 2022) ove la stessa Corte aveva precisato che la motivazione del Giudice nazionale “*deve far emergere o che la questione di diritto dell’Unione sollevata non è rilevante ai fini della soluzione della controversia, o che l’interpretazione della disposizione considerata del diritto dell’Unione è fondata sulla giurisprudenza della Corte, o, in mancanza di tale giurisprudenza, che l’interpretazione del diritto dell’Unione si è imposta al giudice nazionale di ultima istanza con un’evidenza tale da non lasciar adito a ragionevoli dubbi*” (punto 51).

Si era però paventato (cfr. segnalazione G. GRECO, *Il Consiglio di Stato ritorna (polemicamente) sull’obbligo del rinvio pregiudiziale*, in *rivista.eurojus.it*, Segnalazioni, 2022) che il rinvio alla Corte di giustizia potesse non essere la via corretta per risolvere i problemi nazionali relativi a insufficienze processuali e ai rapporti tra poteri giurisdizionali interni e che anche il rinvio del 6 aprile, operato dal Consiglio di Stato, potrebbe non dare i risultati sperati, quanto ad implicazioni di diritto interno.

Del resto, è la stessa Corte di giustizia che ha sempre sottolineato come, per il principio dell’autonomia procedurale, spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità processuali dei rimedi giurisdizionali necessari per assicurare ai singoli, nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione europea, il rispetto del loro diritto ad una giurisdizione effettiva. Ed è proprio su un dubbio di ragionevolezza della normativa nazionale che la quinta Sezione ha proposto la questione all’Adunanza Plenaria, “[...] *poiché da una parte è preclusa la possibilità di emendare il vizio consistente nella violazione del diritto dell’Unione europea attraverso un rimedio di sicura efficacia e rapidità quale il rimedio revocatorio (da esperirsi in unico grado dinanzi allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza) e, dall’altra, è ammessa l’introduzione di un giudizio risarcitorio, che per l’articolazione nei gradi ordinari è destinato in ogni caso a svilupparsi in un arco temporale più lungo con l’esito incerto dovuto all’accertamento delle condizioni per accedere al risarcimento. L’intima coerenza dell’ordinamento – ciò che lo rende razionale – è in tensione ove lo stesso errore non è considerato a tal punto ingiusto da portare alla revoca, ma le sue conseguenze ingiuste meritevoli di essere rimediate in via risarcitoria*” (punto 3.5.4 dell’ordinanza di rimessione).

Del resto era già stato sottolineato in dottrina che, più in generale, “*il*



*problema resta e costituisce un vero e proprio vulnus nella tutela dei diritti del soggetto leso da un omesso rinvio pregiudiziale*” (P. DE PASQUALE, *Inespugnabile la roccaforte dei criteri CILFIT (causa C-561/19)*, in questo Blog, 18 ottobre 2021). Infatti, già l’Avvocato generale Hogan aveva ricordato che l’azione per risarcimento dei danni e dunque “*un rimedio del tipo Francovich [possa rimanere] un’illusione piuttosto che una realtà*” (conclusioni dell’Avv. gen. Hogan, del 9 settembre 2021, alla causa C-497/20, *Randstad Italia*, punto 82).

## 2. *La rimessione della questione all’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*

L’accoglimento dell’azione revocatoria però si porrebbe in aperto contrasto con un precedente della stessa Sezione che, con la sentenza del 28 gennaio 2021, n. 834 (a cui ha aderito anche la sesta Sezione, con sentenza n. 1088 del 15 febbraio 2022), ha statuito che il rimedio revocatorio non è in alcun modo esperibile nei casi in cui il giudice – anche quello di ultima istanza, che ne è obbligato – “*abbia omesso di formulare, anche a negativo od omesso riscontro alla istanza di parte, questione interpretativa e di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte europea, ai sensi dell’art. 234 del Trattato*”.

Tuttavia, in senso totalmente opposto si era pronunciata la quarta Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza 26 aprile 2018, n. 2530. In quella sentenza si era infatti precisato che all’omessa pronuncia su domande o eccezioni di parte va equiparata “*l’omessa pronuncia su questioni pregiudiziali di rilevanza europea, suscettibili di divenire oggetto (come nel caso all’esame) di una formale istanza di rimessione ad un plesso giurisdizionale (la Corte di Giustizia) diverso da quello adito, e competente in via esclusiva, per effetto delle limitazioni di sovranità cui hanno consentito gli Stati membri, ad interpretare esattamente e con uniformità di applicazione il diritto europeo. La conclusione, del resto, trova conforto in via interpretativa nell’identica ratio iuris sottesa alla nozione di domanda, altro non essendo - l’istanza di rimessione - che una domanda rivolta al giudice interno di rimettere la valutazione di una questione all’unico organo giurisdizionale deputato secondo il Trattato istitutivo a fornire l’esatta e uniforme interpretazione del diritto europeo. La rimessione, peraltro, per le Corti di ultima istanza (tale era il Consiglio di Stato nel caso de quo) rappresenta anche un preciso obbligo giuridico*”. Nell’accogliere il motivo di revocazione la quarta Sezione, peraltro, richiamando l’Adunanza plenaria n. 3 del 1997, ha precisato che “*sif-*

*fatto errore è pur sempre di carattere senso - percettivo derivando da una lettura sbagliata (da intendersi: per errore sensoriale) del contenuto materiale dell'atto, per la quale si sostituisce una questione (quella effettivamente posta con l'istanza di rimessione) con un'altra (del tutto diversa) e ha aggiunto che l'errore deve essere caduto su un punto non controverso tra le parti, essere decisivo e di immediata rilevabilità, senza necessità di argomentazioni induttive o indagini ermeneutiche”.*

Si tratta dunque di un contrasto insorto tra le Sezioni del Consiglio di Stato per il quale, ex art. 99 c.p.a., è prevista la devoluzione all'Adunanza Plenaria.

Proprio alla luce di questo contrasto giurisprudenziale del Consiglio di Stato si evince chiaramente come la questione sia di interpretazione del diritto interno e dunque, forse, la via dell'Adunanza Plenaria potrebbe essere la strada corretta per risolvere problematiche ben più profonde come quella paventata per cui il rinvio pregiudiziale potrebbe subire una mutazione genetica. Infatti, il rischio potrebbe essere quello che la disputa si possa spostare dalla controversia tra le parti del giudizio, al contrasto tra una parte e il giudice. Tale interpretazione porterebbe così a trasformare il rinvio pregiudiziale in un rimedio delle parti, piuttosto che in uno strumento a disposizione del giudice nazionale. In altri termini, l'istituto del rinvio pregiudiziale diventerebbe, secondo tale impostazione (che parrebbe sottesa all'ordinanza di rinvio del Consiglio di Stato dello scorso aprile), uno strumento di pressione sul Giudice (per il rischio di subire azione di risarcimento del danno), alterandone così l'essenza, che è invece quella di assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione e, come sottolineato da parte della dottrina, di rafforzare la protezione dei diritti che derivano agli individui dall'ordinamento giuridico comunitario (cfr. F. SPITALERI, *op. cit.*; L. DANIELE, *Art. 267 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2104; F. FERRARO, *Corte di giustizia e obbligo di rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza: nihil sub sole novum*, in *Giustizia insieme*, 23 ottobre 2021).

Attendiamo ora la pronuncia dell'Adunanza Plenaria, per sapere se, dato la perdurante inerzia del legislatore (che ha previsto l'estensione dell'azione di revocazione ai soli casi di sentenze emesse dalla Corte EDU: art. 10 della legge delega n. 206, del 26 novembre 2021), l'organo nomofilattico della giurisdizione amministrativa si vorrà assumere la responsabilità di un'interpretazione fortemente evolutiva dell'istituto dell'azione di revocazione. Nella consapevolezza, peraltro ormai acquisita, che si tratta di una problematica di diritto nazionale, che non può essere risolta chiedendo

soccorso (esterno) alla Corte di giustizia, che non può “*diventare arbitro tra giudici nazionali discordi*” (cfr. P. IANNUCELLI, *La sentenza Randstad, ovvero la Corte di giustizia si accontenta (apparentemente) di fare l'arbitro in casa sua*, in questo *Blog*, 8 febbraio 2022).

PRIME OSSERVAZIONI  
SULLA COMUNITÀ POLITICA EUROPEA (CPE)

**Simonetta Izzo\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le iniziative che hanno preceduto la CPE. – 3. La *ratio* della proposta francese. – 4. La partecipazione degli Stati alla CPE. – 5. I lineamenti essenziali e la natura della CPE. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Lo scorso 6 ottobre, nella città di Praga, si è svolta la prima conferenza della Comunità politica europea (CPE) [T. CHOPIN, L. MACEK, S. MAILLARD, *La Communauté politique européenne – Nouvel arrimage à l’Union européenne*, Institut Jacques Delors, Décryptage, Mai 2022], che ha visto riuniti i capi di Stato e di governo non solo degli Stati membri dell’Unione europea – assieme alla presidente della Commissione UE e al presidente del Consiglio europeo –, ma pure di altri diciassette Stati non facenti parte dell’UE. Tale conferenza ha concretizzato una proposta che il presidente francese Emmanuel Macron, in qualità di presidente di turno del Consiglio dell’Unione europea, aveva presentato il 9 maggio scorso a Strasburgo dinanzi al Parlamento europeo, in occasione della “Giornata dell’Europa” e, soprattutto, dell’evento conclusivo della Conferenza sul futuro dell’Europa.

In queste brevi note, verrà illustrata la *ratio* della proposta francese, non senza aver prima rammentato alcune passate iniziative che sembrano porsi sulla medesima linea, per poi soffermarsi sulla compagine di Stati partecipanti alla CPE. Inoltre, dopo aver delineato i tratti essenziali e la natura di quest’ultima, si svolgeranno alcune considerazioni conclusive sulla portata dell’iniziativa in oggetto, alla luce del particolare contesto in cui è maturata, nonché sulle prospettive future che, al momento, è solo possibile ipotizzare.

\* Ricercatore confermato di diritto internazionale presso l’Università degli Studi di Napoli Federico II – 14 novembre 2022

## 2. *Le iniziative che hanno preceduto la CPE*

La denominazione “Comunità politica europea” non può che richiamare alla mente l’iniziativa promossa nei primi anni ‘50 del secolo scorso dal presidente del Consiglio italiano Alcide De Gasperi, il quale, su suggerimento di Altiero Spinelli, propose di prevedere nel Trattato istitutivo della Comunità europea di difesa (CED) l’istituzione di un’entità tra gli allora sei Stati membri della CECA, al fine di affiancare una dimensione politica a quella militare costituita dalla CED. Come ben noto, il trattato istitutivo di quest’ultima non fu ratificato, soprattutto a causa di difficoltà politiche all’interno della Francia e, pertanto, la Comunità concepita dal presidente De Gasperi non vide mai la luce. È evidente che tale iniziativa, tendendo al raggiungimento di un’integrazione politica che avrebbe condotto alla creazione di una struttura federale o confederale, perseguiva finalità del tutto estranee alla Comunità che il presidente Macron ha prefigurato esattamente settant’anni dopo la firma del trattato CED (il 27 maggio 1952 a Parigi).

Molto più vicina al progetto concernente l’attuale CPE è quella – avanzata da un altro presidente francese, François Mitterrand, tra il 1989 e il 1991 – di promuovere la concertazione e il dialogo fra i diversi Stati europei, al di là del processo di integrazione comunitario, in uno scenario segnato da epocali mutamenti nella vita di relazione internazionale che imponeva la ricerca di nuovi equilibri. Infatti, a seguito della caduta del muro di Berlino e della fine della guerra fredda, il presidente francese, col sostegno del presidente cecoslovacco Vaclav Havel, intendeva riunire tutti gli Stati del continente europeo, compresa l’URSS, in una sorta di forum denominato “Confederazione europea”. Ma il tentativo fallì soprattutto a causa della riluttanza manifestata dagli Stati Uniti e dai Paesi dell’Est Europa, preoccupati – questi ultimi – da eventuali ingerenze sovietiche.

Proprio la Confederazione europea immaginata da François Mitterrand (e rilanciata nell’aprile scorso dal presidente dell’*Institut Jacques Delors* Enrico Letta in una versione più circoscritta) viene evocata dal presidente Macron nel suo discorso, pur considerandola “sans doute trop précoce” e non contemplando nella CPE, ovviamente, la presenza della Federazione Russa. Ed è una curiosa coincidenza il fatto che la prima conferenza della CPE si sia svolta a Praga – poiché la Cechia detiene la presidenza di turno semestrale del Consiglio UE – proprio come era accaduto nel 1991, quando la stessa città di Praga ospitò la prima assise della Confederazione europea.

### 3. *La ratio della proposta francese*

Al centro dell'iniziativa promossa dal presidente Macron vi è la creazione di un'area di dialogo e di cooperazione politica e di sicurezza tra "coloro che fanno parte dello spazio geografico europeo e dei nostri valori fondamentali". Più precisamente, la CPE viene concepita come "un nuovo spazio di cooperazione politica, di sicurezza, di cooperazione in campo energetico, dei trasporti, degli investimenti, delle infrastrutture, della circolazione delle persone e in particolare dei nostri giovani", ovvero tutti quei settori che maggiormente richiedono l'individuazione di strategie condivise, specialmente in un momento della vita di relazione internazionale così difficile e complesso. La proposta francese nasce, infatti, dall'esigenza di far fronte ad uno scenario geo-politico radicalmente mutato a seguito dell'aggressione della Federazione Russa nei confronti dell'Ucraina e, dunque, dall'urgenza di riunire gli Stati del continente europeo con l'intento, da un canto, di isolare sempre di più lo Stato aggressore, dando prova di spirito di unità e di coesione; dall'altro, di indurre gli stessi Stati a ricercare un dialogo e un confronto su questioni di cruciale importanza.

L'idea lanciata del presidente Macron è stata discussa in occasione della riunione del Consiglio europeo del 23 e 24 giugno scorso, in cui si è chiarito che l'obiettivo è quello di "offrire una piattaforma di coordinamento politico per i paesi europei di tutto il continente", al fine di promuovere il dialogo e la cooperazione su questioni di interesse collettivo "in modo da rafforzare la sicurezza, la stabilità e la prosperità del continente europeo". Dopo un'intensa fase organizzativa, col sostegno soprattutto del presidente europeo Charles Michel, il primo vertice della CPE ha visto a Praga la partecipazione dell'intero gruppo di Stati coinvolti (fatta eccezione per la premier danese trattenuta in patria da problemi interni), articolandosi in una sessione plenaria e due tavole rotonde, assieme ad incontri bilaterali o di altri formati.

Al di là del rinnovato e unanime sostegno all'Ucraina, l'esito più vistoso della conferenza si è sostanziato nel fatto che, a seguito di un incontro quadrilaterale tra Francia, Cechia, Azerbaijan ed Armenia, si è concordato di avviare una missione civile dell'Unione europea lungo i confini degli ultimi due Stati allo scopo di facilitare le relazioni tra gli stessi.

### 4. *La partecipazione degli Stati alla CPE*

Per quel che concerne la partecipazione alla CPE – dalla quale è esclu-

sa anche la Bielorussia –, essa assume un senso diverso a seconda degli Stati invitati ad aderire all’iniziativa in discorso.

Vengono innanzitutto in rilievo l’Ucraina, la Georgia e la Moldova; Stati che da tempo si ritrovano ad essere particolarmente vulnerabili, giacché minacciati da una possibile azione ostile da parte della Federazione Russa (concretizzatasi drammaticamente nei confronti dell’Ucraina), soprattutto in ragione di situazioni molto peculiari al loro interno, ossia l’esistenza di entità come l’Ossezia del sud e l’Abkhazia per quanto riguarda la Georgia e la Transnistria in relazione alla Moldova (sulla questione del riconoscimento di tali entità, v. tra gli altri S. CANTONI, *Alcune considerazioni sul processo di nuovi Stati nell’area post-sovietica*, in *federalismi.it*, 19 febbraio 2020). Ebbene, nel suo discorso, il presidente francese ha rimarcato la necessità di sostenere la volontà di tali Stati di entrare nella *membership* dell’Unione europea, favorendone un avvicinamento prima di una loro adesione all’UE, giacché il percorso che conduce all’acquisizione dello status di membro si presenta notoriamente lungo e complicato. Va appena ricordato che all’Ucraina e alla Moldova è stato concesso lo status di paese candidato in occasione del Consiglio europeo del giugno scorso, mentre la Georgia dovrà ancora attendere affinché venga accolta la sua richiesta [sulla domanda di adesione dell’Ucraina v. F. CASOLARI, *L’Ucraina e la (difficile) prospettiva europea*, 22 marzo 2022; R. TORRESAN, *Una seconda vita per il criterio di Copenaghen “perduto” ? La c.d. capacità di assorbimento e l’identità dell’Unione europea davanti all’eventuale adesione dell’Ucraina*, 11 maggio 2022, entrambi in questo *Blog*]. Oltre agli Stati appena menzionati, l’iniziativa francese è rivolta agli Stati in qualche modo già coinvolti nel processo di adesione all’UE, vale a dire i Paesi dei Balcani occidentali (Albania, Bosnia-Erzegovina, Kosovo, Macedonia del Nord, Montenegro e Serbia), il cui avvicinamento progressivo all’Unione presenta caratteri ed elementi specifici a seconda dello Stato interessato. Invero, tra questi Paesi, vi è chi ha manifestato taluni dubbi e perplessità sulla creazione della CPE, potendo essa tradursi in un rallentamento della marcia verso l’adesione all’Unione europea. A tale proposito è importante sottolineare che la proposta francese è intesa a creare uno strumento di cooperazione che si pone come complementare – e dunque assolutamente non alternativo – al processo di allargamento. Insomma, ciò che appare chiaro finora è che la CPE non nasce per creare le condizioni atte a rallentare o ad accelerare il processo di allargamento dell’Unione, né tantomeno ad ampliarlo. Nel gruppo dei Paesi candidati – e quindi degli Stati partecipanti alla nascente CPE – figura anche la Turchia, di cui è nota la complessa e tortuosa vicenda dei rapporti con l’Unione.

Su tutt’altro versante si colloca il Regno Unito che sei anni fa ha esercitato

il diritto di recesso dall'UE e che, in tal modo, sia pure in uno spazio assai diverso, si riavvicina agli Stati con cui condivideva lo status di membro dell'UE. Va notato che, proprio in occasione della conferenza di Praga, Regno Unito e Francia hanno stabilito di incontrarsi nuovamente nei prossimi mesi, nell'ottica di rafforzare un rapporto un po' appannato a seguito della *Brexit*.

Altri Stati coinvolti nell'iniziativa francese sono quelli facenti parte dell'*European Free Trade Agreement* (EFTA) – vale a dire la Norvegia, l'Islanda, la Svizzera, il Liechtenstein – oltre all'Azerbaijan e all'Armenia.

A ben vedere, l'immagine che forse più restituisce la composizione della CPE è quella di un'Europa a cerchi concentrici, in un'accezione assai più ampia. Infatti, vi è un nucleo centrale costituito dagli Stati membri dell'Unione europea; un cerchio intermedio formato dagli Stati candidati all'adesione all'UE o che vi aspirano; un cerchio più esterno dove si collocano tutti gli altri Stati intenzionati a consolidare le reciproche relazioni. Pertanto, il grado di intensità dei rapporti che si svilupperanno all'interno della CPE dipende ovviamente dal cerchio di appartenenza e, dunque, dal livello di cooperazione già esistente, sebbene la *ratio* della nascita della CPE risieda proprio nell'intento di migliorare e rafforzare detta cooperazione. Tuttavia, da parte di molti prevale lo scetticismo intorno ad un raggruppamento di Stati che appare segnato, per certi versi, da tensioni e divisioni profonde.

Al riguardo, si evocano i risalenti contrasti che oppongono Azerbaijan ed Armenia in relazione al *frozen conflict* del Nagorno-Karabakh, oppure Turchia e Cipro sulla questione della Repubblica di Cipro del Nord, nonché la stessa Turchia e la Grecia per quanto concerne la rivendicazione di spazi marini adiacenti alle rispettive coste. Peraltro, anche all'interno dell'Unione europea si registrano frizioni, come nel caso dell'Ungheria e della Polonia o difficoltà ad assumere posizioni univoche tra Stati membri, come emerge dalla questione del Kosovo – dal momento che cinque Stati non riconoscono la situazione di fatto che si è creata a seguito della dichiarazione unilaterale di indipendenza del febbraio 2008 – oppure ove si tratti di adottare misure restrittive, giacché non è sempre possibile coagulare il consenso da parte di tutti gli Stati membri, in ossequio all'applicazione del principio di unanimità. Ancora, ostacoli possono rallentare il processo di allargamento, come dimostrano il veto della Bulgaria posto all'adesione all'UE della Repubblica della Macedonia del Nord e le tensioni mai sopite tra la Serbia e il Kosovo.

Nondimeno, proprio l'iniziativa di cui si discute dovrebbe essere considerata un prezioso strumento per superare le divergenze e normalizzare le relazioni tra gli Stati coinvolti.



Sempre per quel che riguarda le perplessità sollevate intorno alla creazione e alla tenuta della CPE, viene osservato che, per la partecipazione alla stessa, oltre al criterio della contiguità geografica, si richiede che sia rispettato quello attinente ad una “comunità di valori”, giacché – come emerge dal discorso del presidente Macron – essa si rivolge alle “nations européennes démocratiques adhérant à notre socle de valeurs...”. Invero, molti hanno eccepito la presenza della Turchia, che, più volte, ha mostrato di non rispettare affatto tale sistema di valori. A questo specifico proposito, vanno formulate due osservazioni sul piano sia formale che sostanziale. Riguardo al primo piano, si rammenta che tutti gli Stati partecipanti alla CPE (ad eccezione del Kosovo) – e dunque anche la Turchia – sono membri del Consiglio d’Europa e, pertanto, hanno aderito alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Quanto al piano sostanziale, vale la pena richiamare un elemento che è alla base di qualsiasi fenomeno volto alla cooperazione tra Stati, in tutte le sue differenti forme, che sia istituzionalizzata o meno; ossia l’importanza di riunire taluni Stati in un determinato spazio allo scopo di dialogare, discutere e, soprattutto, tentare di convergere verso punti di raccordo. Considerata ancora una volta la *ratio* della creazione della CPE, questa dovrebbe tendenzialmente essere più inclusiva possibile. Nel caso della Turchia, le sue posizioni spesso ambigue non devono far dimenticare l’importanza di potersi confrontare con un interlocutore privilegiato della Federazione Russa.

Peraltro, qualora la CPE dovesse evolversi verso forme di cooperazione più strutturata – senza per forza trasformarsi in un’organizzazione internazionale di tipo “classico” – verrebbero prevedibilmente stabiliti requisiti e condizioni più stringenti per farne parte.

##### 5. *I lineamenti essenziali e la natura della CPE*

Fin dal momento in cui il presidente Macron ha per la prima volta proposto la creazione della CPE, si è tentato di definire la natura di questa nuova entità, operando spesso un parallelismo con realtà già esistenti, soprattutto sulla base del criterio della *membership*. In particolare, si è fatto riferimento al Consiglio d’Europa o all’OSCE, ma, va subito detto che non vi è una assoluta corrispondenza tra l’appartenenza a tali enti e la partecipazione alla CPE. Ad esempio, il Kosovo ha presentato domanda di ammissione al Consiglio d’Europa solo nel maggio scorso e non è membro

dell'OSCE, mentre mette conto ricordare che di quest'ultima sono membri anche Stati non appartenenti al continente europeo (Stati Uniti e Canada, ma pure Mongolia), così come micro-Stati (Andorra, Monaco, San Marino), oltre alla Santa Sede.

Tuttavia, a prescindere da quanto appena segnalato, si ritiene che non sia affatto possibile mettere sul medesimo piano gli enti in parola e la CPE, semplicemente perché – al di là delle differenti finalità perseguite – essa non è un'organizzazione internazionale. Del resto, nel già richiamato passaggio delle conclusioni del Consiglio europeo del giugno scorso, la CPE viene definita “una piattaforma di coordinamento politico”. Questa definizione viene ribadita in un comunicato del medesimo Consiglio volto ad illustrare i risultati raggiunti nella prima riunione della CPE svoltasi il 6 ottobre scorso, con l'importante aggiunta che la nascente Comunità “non sostituisce organizzazioni, strutture o processi esistenti e in questa fase non mira a crearne una nuova”.

In sostanza, non si intende istituzionalizzare la cooperazione tra gli Stati partecipanti alla CPE, ma soltanto convocare conferenze e incontri, al fine di affrontare e gestire taluni interessi comuni considerati di grande rilevanza e che, pertanto, richiedono la ricerca di scelte quanto più possibile convergenti.

Forse è troppo presto per comprendere pienamente in cosa si concretizzerà questo nuovo formato in un prossimo futuro, quali traiettorie seguirà e, soprattutto, se resisterà all'usura del tempo e con quali Stati partecipanti. Nondimeno, se dovessero svolgersi incontri periodici con una certa regolarità – a Praga è stato previsto che altre conferenze si terranno in Moldova, Spagna e Regno Unito ad intervalli di sei mesi – la CPE potrebbe rientrare nella categoria delle cc.dd. *soft international organizations*, che una parte della dottrina ha definito “conferenze istituzionalizzate” o “pseudo-organizzazioni”, ossia “riunioni di organi aventi carattere regolare, permanente e non occasionali” (M. PANEBIANCO, G. MARTINO, *Elementi di diritto dell'organizzazione internazionale*, Milano, 1997, p. 14; A. DI STASI, *Le soft international organizations: una sfida per le nostre categorie giuridiche ?*, in *La Comunità Internazionale*, 2014, p. 39 ss.), il cui esempio più luminoso è rappresentato dal G7, oltre al G20, al Club di Parigi, al Gruppo dei 77 e così via.

Invero, non esiste un unico modello di riferimento per questa categoria molto ampia ed eterogenea, che racchiude al suo interno forme associative tra Stati fondate sulla sola prassi o connotate da una certa istituzionalizzazione, ma che comunque non presentano gli elementi tipici delle “tradizionali” organizzazioni internazionali. In estrema sintesi, si tratta di raggruppamenti di Stati

che si situano a metà strada tra una conferenza internazionale convocata occasionalmente e una vera e propria organizzazione internazionale. Nello specifico, gli Stati partecipanti non istituiscono un ente a carattere stabile, ma s'incontrano periodicamente, al fine di perseguire obiettivi comuni attraverso un dialogo, un confronto e, talvolta, un coordinamento, dando vita ad un fenomeno assai interessante, il cui tratto distintivo è quello della rimarchevole flessibilità, laddove, in assenza di qualsiasi limitazione di sovranità a favore di un ente, gli Stati stabiliscono di riunirsi per rafforzare la cooperazione tra loro. Dalla circostanza di non prevedere adozione di atti, regole procedurali da seguire o impegni formali da assumere si evince la ragione per cui sempre di più gli Stati privilegiano queste forme associative, che consentono una notevolissima libertà di azione. È peraltro evidente che, ove ci si relazioni stabilmente per affrontare questioni politiche al più alto livello, tale fenomeno può anche essere visto in chiave di prevenzione dei conflitti.

Nel tempo, a seguito di particolari dinamiche evolutive, potrebbe registrarsi il passaggio ad una organizzazione internazionale in senso stretto, com'è avvenuto per l'Associazione dei Paesi del Sud Est asiatico (ASEAN), che, sorta come forum di mero coordinamento politico, si è trasformata nella più importante organizzazione intergovernativa nell'ambito del regionalismo asiatico e del Pacifico.

Tornando alla CPE, qualora dovesse rientrare nel novero delle *soft international organizations*, potrebbe in qualche modo essere avvicinata alla Conferenza per la sicurezza e la cooperazione in Europa (CSCE), ossia il forum creato a seguito degli Accordi di Helsinki del 1975 e volto a riunire gli Stati del continente europeo (assieme a Stati Uniti e Canada) al tempo della guerra fredda; ciò prima che si trasformasse in OSCE, nel 1994, dopo la Conferenza di Budapest. A prescindere dalle notevoli differenze che separano le due esperienze, entrambe si configurano come un tentativo di favorire il dialogo e la distensione tra Stati molto diversi tra loro. Nel caso della CSCE, l'intento era quello di individuare punti di raccordo tra Stati appartenenti a blocchi contrapposti, che ritrovavano nella c.d. "casa comune europea" quella omogeneità sociale – sulla base di una tradizione storica, culturale e giuridica condivisa – assente naturalmente sul piano universale (C. ZANGHÌ, *Diritto delle Organizzazioni internazionali*, Torino, 2013, p. 50) in una comunità internazionale sempre più frammentata e disomogenea a seguito del processo di decolonizzazione. Ed anche la CPE si presenta come un forum di Stati assai diversi tra loro, ma appartenenti alla medesima area geografica, che intendono discutere questioni sempre più complesse e difficilmente gestibili dal singolo Stato.

## 6. *Considerazioni conclusive*

Ciò che resta da comprendere è il ruolo che l'Unione europea sarà chiamata a svolgere negli sviluppi futuri della CPE e, soprattutto, quanto peso specifico potrà assumere nella ricerca di più solide convergenze nell'ambito delle relazioni con gli Stati europei non appartenenti all'UE (v. considerazioni di N. PIROZZI, *Tre vie per realizzare la Comunità politica europea*, in *Affarinternazionali.it*, 17 ottobre 2022). Di certo, molto dipenderà da eventuali trasformazioni riguardanti la stessa CPE; in sostanza, occorre vedere se questa evolverà verso un modello “forte” della cooperazione istituzionalizzata tra Stati [v. I. INGRAVALLO, *Considerazioni sullo stato attuale delle organizzazioni internazionali e del loro diritto (Ma cos'è questa crisi...)*, in *Ordine internazionale e diritti umani - Gli Speciali*, luglio 2020, p. 15 ss.] oppure resterà una piattaforma meramente finalizzata al dialogo e al coordinamento tra gli Stati partecipanti. Nel primo caso, sembra ragionevole attendersi un ruolo più incisivo dell'Unione, soprattutto per essere stato l'ente promotore dell'iniziativa, sebbene sia difficile immaginare che il passaggio a siffatto modello possa coinvolgere tutti gli Stati del continente europeo. Peraltro, si potrebbe ipotizzare un modello intermedio rispetto ai due appena menzionati, prefigurato dallo stesso presidente Macron nel documento non ufficiale inviato agli Stati membri dell'UE prima della riunione del Consiglio europeo del giugno scorso, laddove si afferma che la CPE “would have a «mild legal structure» format with decision-making powers”.

Sempre nel giugno scorso, il presidente del Consiglio europeo Charles Michel ha precisato che “è nostra intenzione definire, in un secondo tempo, un ambito di applicazione specifico”.

Per intravedere la direzione verso cui ci si orienterà, saranno decisivi i prossimi vertici della CPE, anche per capire se ci sarà o meno una prima formalizzazione delle conferenze, sul modello, ad esempio, offerto dal G20.

Insomma, quello di cui si discute è un fenomeno del tutto *in fieri* ed inevitabilmente condizionato dal contesto e dagli eventi che hanno portato alla sua genesi. L'aggressione nei confronti dell'Ucraina ha impresso accelerazioni notevoli – alcune impensabili fino a poco tempo fa – alle dinamiche della vita di relazione internazionale, all'interno e al di fuori dell'Unione europea. Basti pensare non solo al già ricordato accoglimento della richiesta di alcuni Stati, innanzitutto l'Ucraina, di entrare nell'UE, ma anche alla Danimarca che ha espresso la volontà di aderire alla Politica di sicurezza e difesa comune (PSDC), così come alla storica scelta di Svezia e

Finlandia di essere ammesse nella NATO. In tale peculiare contesto è maturata la proposta francese di chiamare a raccolta gli Stati del continente europeo in un forum che rappresenta, in sostanza, la naturale risposta alla necessità di seguire e assecondare le dinamiche di uno scenario completamente mutato in pochi mesi e ancora destinato a cambiare. Di più, al cuore della proposta vi sarebbe l'intento di ritrovare o sviluppare il senso di appartenenza ad un consesso di Stati di fronte a gravi violazioni di norme imperative del diritto internazionale; Stati che cercano di compattarsi al fine di stabilizzare i confini di un'Europa sempre più minacciata dall'esterno.

In questa ottica, facendosi promotrice di un progetto che nel suo nucleo ha l'intento di individuare non solo strategie condivise per la soluzione di problemi comuni, ma pure il bisogno di assicurare una convivenza pacifica tra gli Stati, l'Unione europea appare ancora rivestire un ruolo significativo come strumento di *peace-building*. Concepito come progetto di pace più di settant'anni fa, il processo di integrazione continua a costituire un punto di riferimento nel tentativo – a volte assai arduo – di assicurare stabilità nel continente europeo, al di là del processo di allargamento già in corso o dell'urgenza manifestata da alcuni Stati di fare il loro ingresso nella stessa Unione.

Peraltro, dalla circostanza che sia stata la Francia a lanciare l'iniziativa in oggetto emerge, una volta di più, la precisa volontà di quest'ultima di assumere una spiccata centralità nella delicata fase di costruzione dei nuovi equilibri che si stanno delineando non soltanto sulla scena europea. In effetti, potendo la CPE svolgere un ruolo propulsivo nell'orientare gli Stati partecipanti verso una sempre maggiore autonomia – pure nei confronti degli Stati Uniti – nel fronteggiare sfide inedite e quanto mai complesse, l'obiettivo ambizioso della Francia sembrerebbe quello di creare uno spazio destinato a diventare, in un futuro prossimo, il luogo privilegiato per costruire le fondamenta della nuova architettura di sicurezza europea.

Al momento, tuttavia, si ritiene prematuro esprimere un giudizio definitivo sull'iniziativa francese, che ha suscitato entusiasmo e scetticismo in egual misura, perché – come più volte ribadito – non è possibile sapere se la CPE conserverà il carattere di semplice piattaforma di coordinamento tra Stati o aderirà ad un modello diverso e più articolato, né quale sarà l'intensità del vincolo associativo richiesto agli Stati che intendano continuare a farne parte. Per ora, si tratta di un forum contraddistinto da una notevolissima informalità, come dimostra anche il fatto che non sia stato diramato alcun comunicato ufficiale al termine della conferenza inaugurale, come solitamente avviene in occasione di altri Vertici (G7, G20).

Ciò che invece appare chiaro è che nella CPE trova conferma, ove mai ce ne fosse bisogno, l'esigenza sempre più avvertita dagli Stati di individuare forme associative per relazionarsi tra loro e realizzare una cooperazione che vada oltre quella stabilita singolarmente, soprattutto ove si tratti di superare momenti difficili, com'è accaduto, ad esempio, nel caso del G7 o del G20, nati per affrontare gravi crisi economico-finanziarie. E trova altresì conferma la capacità dell'Unione di raccogliere intorno a sé quasi tutti gli Stati del continente europeo, al fine di sviluppare un dialogo e, si spera, una sorta di coordinamento in vari ambiti di cruciale importanza per le sorti dell'Europa in tempi così drammatici. Tornano in mente le parole pronunciate nel 1989 dal presidente francese François Mitterrand quando, riferendosi alla CEE, affermò che "notre Communauté passera d'un stade à un stade supérieur, mais encore elle exercera une attraction plus forte sur le reste de l'Europe".



L'AZIONE DI ANNULLAMENTO PROPOSTA  
DALLE ASSOCIAZIONI GIUDIZIARIE CONTRO LA DECISIONE  
DEL CONSIGLIO DI APPROVARE IL PNRR DI VARSAVIA

**Miriana Lanotte\***

SOMMARIO: 1. L'azione di annullamento contro l'approvazione del PNRR polacco: il contesto. – 2. I motivi fondanti il ricorso. – 3. L'atto impugnato e la legittimazione attiva. – 4. Conclusioni.

1. *L'azione di annullamento contro l'approvazione del PNRR polacco: il contesto*

Il 28 agosto 2022 le quattro principali associazioni giudiziarie che rappresentano i giudici in Europa, con il supporto accademico del gruppo *The good Lobby Profs*, hanno avviato un'azione in annullamento contro la decisione di esecuzione del Consiglio – adottata ai sensi del regolamento (UE) 2021/241 che istituisce lo strumento di ripresa e resilienza – di approvare il PNRR polacco (si veda, T. SHIPLEY, *European Judges v Council: the European judiciary stands up for the rule of law*, in *eulawlive.com*, 30 August 2022). Quest'ultimo era stato bloccato dalla Commissione (il 3 maggio 2021) a causa dell'incompatibilità delle riforme giudiziarie di Varsavia – relative alla Sezione disciplinare della Corte suprema e al regime disciplinare dei giudici – con il diritto europeo (in particolare, con gli artt. 2 e 19 TUE, 47 CDFUE, 267 TFUE) e, di conseguenza, con le pietre miliari e gli obiettivi previsti per ottenere i finanziamenti.

Benché la Polonia continuasse a non rispettare le misure provvisorie ingiunte dalla Vicepresidenza della Corte (ordinanza del 14 luglio 2021, causa C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*), alle quali è seguita anche la condanna al pagamento di una penalità di mora di un milione di euro al giorno (ordinanza del 27 ottobre 2021, causa C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*), l'accordo politico raggiunto condizionava l'approvazione dei fondi da parte del Consiglio e della Commissione all'impegno da parte di Varsavia di risolvere le criticità relative al suo sistema giudiziario.

\* Dottoranda di ricerca in diritto dell'Unione europea - Università Alma Mater di Bologna – 26 ottobre 2022.



Invero, la Commissione ha approvato il piano polacco (il 2 giugno 2022) – senza il consenso di alcuni commissari tra cui i due vice-presidenti, Timmermans e Vestager – sebbene la Polonia abbia apportato modifiche solo “cosmetiche” al proprio ordinamento giudiziario (J. SAWICKI, *Le milestones della Commissione europea sull'indipendenza dei giudici: presupposto per migliorare le condizioni della rule of law o misure puramente cosmetiche?*, in *Nomos*, n. 2, 2022) e nonostante la timida “minaccia” del Parlamento europeo di adottare una mozione di censura (A. ALEMANN, *Censuring von der Leyen's Capitulation on the Rule of Law*, in *verfassungsblog.de*, 8 June 2022).

Inoltre, nei giorni immediatamente successivi, anche il Consiglio (il 17 giugno 2022) – non all'unanimità per la sola astensione del Paesi Bassi – ha valutato positivamente il PNRR polacco, in spregio all'esortazione del Parlamento, (attraverso la risoluzione del 9 giugno 2022) di non approvare il PNRR polacco fino a che non fosse stato garantito il rispetto del diritto e dei valori dell'UE.

Laddove le istituzioni europee si sono dimostrate incapaci di agire, o meglio, di rispondere in maniera decisa e coordinata al deterioramento dello Stato di diritto, il tentativo audace della società civile, in particolare delle quattro maggiori associazioni di giudici europei, potrebbe, invece, risultare “provvidenziale” (M. GERSDORF, M. PILICH, *Judges and Representatives of the People: a Polish Perspective*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 16, n. 3, 2020, pp. 345-378), sempre che il Tribunale ritenga il ricorso ricevibile.

Nel prosieguo si tenterà quindi di esaminare – pur non essendo ancora disponibile la copia del ricorso, ma solo il comunicato stampa del gruppo accademico che vi ha lavorato – alcuni dei punti nodali dell'azione di annullamento proposta, con particolare riguardo: *i*) ai motivi di illegittimità della decisione di esecuzione del Consiglio (v. *infra* 2) – che si tratteranno per primi per ragioni espositive – e *ii*) ai legittimati attivi a proporre il ricorso in annullamento (v. *infra* 3).

## 2. I motivi fondanti il ricorso

Le associazioni giudiziarie lamentano – è questo il motivo principale del ricorso che si evince dal comunicato di cui sopra – che la decisione di esecuzione del Consiglio si pone in violazione di legge, e più precisamente in violazione delle sentenze dei giudici di Lussemburgo sull'indipendenza della magistratura.

In particolare, posto che l'introduzione contemporanea in Polonia delle diverse riforme legislative ha comportato una discontinuità strutturale che non consente più di salvaguardare l'indipendenza e l'imparzialità della giustizia e una regressione della Polonia dal punto di vista del rispetto dei valori, la Corte, nell'ultima sentenza di infrazione (sentenza della Corte del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia*), ha definito a quali condizioni la Polonia avrebbe dovuto allineare il sistema giudiziario agli standard dell'UE (L. PECH, *Protecting Polish Judges from Political Control: A brief analysis of the ECJ's infringement ruling in Case C-791/19 (disciplinary regime for judges) and order in Case C-204/21 R (muzzle law)*, in *verfassungsblog.de*, 20 July 2021). I problemi urgenti da risolvere erano (e sono tutt'ora): *i*) la mancata indipendenza della Camera disciplinare della Corte Suprema derivante dal sistema di nomina dei giudici che la componevano; *ii*) la politicizzazione della KRS (Consiglio superiore della magistratura) causata dalla riforma in forza della quale si prevede che 23 dei suoi 25 membri siano nominati dalle autorità legislative ed esecutive; *iii*) gli illegittimi provvedimenti di sospensione dei giudici polacchi e la mancata reintegrazione di questi ultimi.

Invero, la risposta di Varsavia, accettata e ritenuta adeguata rispetto agli obiettivi del regolamento che istituisce la ripresa e la resilienza, non risolve nessuna di queste criticità, anzi ne amplifica gli effetti.

In primo luogo, se, da una parte, è vero che il legislatore polacco ha sciolto la Sezione disciplinare considerata non indipendente, dall'altra, si deve evidenziare come essa – con la legge di riforma redatta a giugno – abbia previsto l'istituzione di una Sezione di responsabilità professionale composta, anche in questo caso, in modo tale da ammettere ancora un'elevata influenza della politica. In altre parole, cambia il nome ma non la sostanza (W. SADURSKI, *The European Commission Cedes its Crucial Leverage vis-à-vis the Rule of Law in Poland*, in *verfassungsblog.de*, 6 June 2022).

A ciò si aggiunge che, secondo le disposizioni del piano di recupero, la condizione per ricevere i primi pagamenti non è la reintegrazione dei giudici sospesi, ma concedere la possibilità di avere un riesame dei loro casi da parte di un tribunale che soddisfi gli standard dell'UE, con una prima udienza entro tre mesi dalla richiesta di riesame (*European Judges Challenge EU Decision to Greenlight Poland's Recovery Plan*, in *wyborcza.pl*). In altre parole, i giudici polacchi, sottoposti a procedimenti disciplinari per aver violato divieti (quali, contestare la illegittimità dei procedimenti di nomina dei giudici e, attraverso il rinvio pregiudiziale alla Corte di giusti-

zia, le riforme dell'ordinamento giudiziario) che, invero, minano la loro stessa libertà di pensiero e illegittimamente sospesi da una Sezione disciplinare considerata non indipendente, per essere reintegrati devono anche affrontare un ulteriore procedimento, questa volta di revisione, il cui oggetto sarà la legittimità o meno del provvedimento disciplinare. Ne consegue che – non per semplificare ma per descrivere l'effetto paradossale della decisione del Consiglio – le sanzioni disciplinari emesse nei confronti dei giudici e usate dal governo per esercitare il controllo politico sull'attività giurisdizionale invece di essere annullate (con l'effetto di reintegrare i giudici) devono essere ulteriormente riesaminate attraverso una procedura lunga e non immediata e dall'esito dubbio.

Inoltre, a questo si collega un ulteriore profilo critico: la “legge museuola” è ancora in vigore nell'ordinamento polacco e non è nell'intenzione del legislatore nazionale modificarla. Pertanto, i giudici che decideranno sul riesame dei colleghi illegittimamente sospesi potrebbero essere, a loro volta, passibili di sanzioni disciplinari. Il problema, dunque, persiste e assume una dimensione ancora più estesa.

Il quadro complesso che emerge dagli elementi sinora rappresentati conferma quanto sostenuto dalle associazioni giudiziarie, ovvero sia che la decisione di esecuzione del Consiglio non rispetta il contenuto delle sentenze della Corte, che, invero, dovrebbero essere osservate integralmente e senza ritardo e non dovrebbero essere oggetto di negoziazione da parte né della Commissione né, tantomeno, del Consiglio.

Come affermato dalla Corte di giustizia (sentenza della Corte del 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, punto 145) preservare lo Stato di diritto rappresenta un obbligo per gli Stati membri, ma anche per le stesse istituzioni dell'Unione. Si tratta di una operazione che non può essere svolta da una singola istituzione, ma necessita di una collaborazione tra le istituzioni appartenenti ai diversi livelli nazionali e sovranazionali (sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, punto 34. Sul principio di leale cooperazione, si legga F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione dell'Unione ai tempi della crisi*, Napoli, 2020, p. 1 ss.). Se ne deduce che anche le singole istituzioni europee sono vincolate al rispetto degli obblighi dello Stato di diritto e non possono (o non dovrebbero) poter adottare atti contrari a tale valore. Seguendo questo ragionamento, si dovrebbe dedurre che la Commissione e il Consiglio, approvando il PNRR, nonostante i ripetuti attacchi al valore dell'indipendenza della magistratura, oltre a violare le sentenze dei giudici

di Lussemburgo, hanno fornito un contributo attivo e significativo al deterioramento dello Stato di diritto da parte della Polonia. Tale concorso non può (dovrebbe) essere giustificato dal largo margine di discrezionalità di cui le istituzioni godono nella realizzazione dei loro compiti. Ciò si tradurrebbe nella prevalenza delle ragioni politiche sull'obbligo giuridico, gravante su tutti gli attori nazionali e sovranazionali, di rispettare i valori di cui all'art. 2 TUE.

Qualora il ricorso dovesse essere accolto, spetterà alla Corte il delicato e non semplice compito – posto che si tratta di un controllo particolarmente invasivo sull'azione del Consiglio (ma anche della Commissione) – di verificare la conformità della decisione di esecuzione con il diritto dell'Unione (e, in particolare, con la sua stessa giurisprudenza) attraverso l'analisi dei presupposti di fatto, nonché, delle ragioni (evidentemente politiche e non giuridiche) che hanno determinato l'adozione dell'atto. Questo rappresenta un profilo di particolare interesse, perché consentirebbe alla Corte di affermare che esistono obblighi, derivanti dall'art. 2 TUE, che restringono o annullano del tutto la discrezionalità delle istituzioni nell'esercizio della loro attività. Se così fosse ci sarebbe da chiedersi se siffatto ragionamento possa, *mutatis mutandis*, estendersi o meno anche ad altri casi in cui le istituzioni godono di discrezionalità, si pensi alle procedure di infrazione quando la posta in gioco è l'inadempimento dei valori di cui all'art. 2 TUE o ancora alla mancata votazione del Consiglio delle procedure ex art. 7 TUE avviate ormai da tempo. (G. DI FEDERICO, *Waiting for Godot: Ursula von der Leyen's statements on the Italian elections and the Union's toolbox against rule of law backsliding in Member States*, in *verfassungsblog.de*, 13 October 2022).

### 3. L'atto impugnato e la legittimazione attiva

Sulla possibilità di impugnare l'atto in questione *nulla quaestio*, considerando che la decisione di esecuzione del Consiglio costituisce un atto che, nell'ordinamento europeo – attento ad assicurare tutela giurisdizionale in relazione a tutti gli atti dell'Unione produttivi di effetti giuridici (in dottrina, si veda *ex multis*, M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pp. 109-122; A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 45 ss., R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020, pp. 293-323) – rientra tra quelli impu-

gnabili ex art. 263, par. 4, TFUE (“*atti legislativi, nonché gli atti adottati dal Consiglio, dalla Commissione e dalla Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri*”).

Si osserva, inoltre, che non dovrebbe costituire motivo di annullamento la circostanza che la deroga alla competenza (a adottare atti di esecuzione) della Commissione in favore del Consiglio è stata motivata in virtù della necessità di garantire condizioni uniformi di attuazione del regolamento che istituisce lo strumento di ripresa e resilienza (considerando n. 69 del regolamento (UE) 2021/241). La motivazione sottostante alla deroga seppure espressa in modo sintetico può dirsi chiara nell'intento di assicurare l'uniforme realizzazione degli effetti e dei benefici derivanti dalle misure straordinarie di sostegno messe in campo dall'Unione per far fronte alla crisi sanitaria.

In relazione ai soggetti legittimati attivi, invece, ci si deve chiedere se le associazioni giudiziarie dei giudici europei (causa T-532/22, *Association of European Administrative Judges c. Consiglio*; causa T-531/22, *International Association of Judges c. Consiglio*; causa T-533/22, *Rechters voor Rechters c. Consiglio*) siano soggetti legittimati a proporre il ricorso in annullamento dell'approvazione del PNRR polacco, a quali condizioni e se queste ultime siano effettivamente soddisfatte.

Preliminarmente, le associazioni giudiziarie possono astrattamente proporre ricorso in annullamento posto che esse sono qualificate dal diritto dell'Unione europea come persone giuridiche e che tale *status* prescinde da quello riconosciuto dall'ordinamento giuridico nazionale di provenienza (sentenza della Corte dell'8 ottobre 1974, causa 175/73, *Union syndicale e a. c. Consiglio*).

Il secondo passaggio è però quello di verificare il rispetto delle regole sul *locus standi* (C. AMALFITANO, *Standing (Locus Standi): Court of Justice of the European Union (CJEU)*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2021), ovvero se l'atto riguarda direttamente e individualmente le associazioni (sentenza della Corte del 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann*), tenendo presente che tali requisiti sono interpretati in modo restrittivo, soprattutto quando il ricorrente è un'associazione (P. DE PASQUALE, *Per i ricorsi di annullamento la Corte mantiene le distanze dai singoli*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 1906 ss.). Tanto è vero che i tribunali dell'UE hanno costantemente negato la legittimazione ad agire a diversi tipi di richiedenti, tra cui le associazioni di commercianti (ordinanza del 21 febbraio 1995, causa T-117/94, *Associazione Agricoltori della Provincia Di Rovigo e al. c. Commissione*), le ONG ambientaliste (sen-

tenza del 2 aprile 1998, causa C-321/95 P, *Greenpeace International c. Commissione*; sentenza del 25 marzo 2021, C-565/19 P, *Carvalho e a. c. Parlamento e Consiglio*) (si veda I. ANRÒ, *Il difficile accesso alla giustizia ambientale per le ONG e la riforma del regolamento Aarhus: nuove vie verso la Corte di Giustizia dell'Unione europea?*, in *federalismi.it*, n. 11, 2022, pp. 1-30), e, da ultimo, le ONG che difendono e rappresentano persone con disabilità (ordinanza del 15 aprile 2022, causa C-622/20 P, *Validity and Center for Independent Living c. Commissione*; ordinanza del 2 settembre 2020, causa T-613/19, *ENIL Brussels Office e al., c. Commissione*), a causa della insussistenza dei citati requisiti richiesti.

Come noto, un richiedente è direttamente interessato da un atto dell'UE quando i suoi effetti in capo a quest'ultimo si realizzano in conseguenza diretta dell'emanazione dell'atto stesso e indipendentemente da interventi ulteriori di altri soggetti. Nel caso di specie, la decisione di esecuzione (ai *consideranda* nn. 19, 44, 45 e 46) prevede che il piano polacco intende migliorare la situazione dei giudici (oggetto di decisioni della Camera disciplinare della Corte suprema polacca nelle cause disciplinari e in quelle relative all'immunità giudiziaria), consentendo la loro reintegrazione *in esito a procedimenti di revisione della nuova Camera*. Dunque, posto che l'atto del Consiglio stabilisce non l'immediata reintegrazione dei giudici illegittimamente sospesi – come richiesto dalla Corte di giustizia – ma una procedura di riesame dei provvedimenti disciplinari, è evidente come questo incida direttamente sulla situazione dei magistrati polacchi, determinandone un ulteriore aggravamento.

Invece, il requisito dell'individualmente interessato è integrato – come noto – quando il provvedimento colpisce il soggetto a causa di alcune caratteristiche che gli sono proprie o di circostanze in cui si differenzia da tutte le altre persone e che, in virtù di tali fattori, lo distinguono individualmente proprio come nel caso del destinatario. In particolare, secondo la giurisprudenza europea (ordinanza del 30 settembre 1997, causa T-122/96, *Federolio c. Commissione*) sussisterebbe un interesse individuale in capo all'associazione quando: *a)* una disposizione di legge concede all'associazione una serie di diritti procedurali; *b)* l'associazione rappresenta gli interessi dei suoi membri, che sarebbero a loro volta legittimati a intentare un'azione legale; *c)* gli interessi dell'associazione sono toccati, e in particolare per la sua posizione di negoziatore, dall'atto dell'UE in questione.

La situazione delle associazioni giudiziarie europee sembrerebbe rientrare nell'ipotesi *b)* summenzionata, in quanto alcuni dei giudici polacchi

sono stati colpiti nella loro qualità soggettiva di giudici per aver posto condotte vietate dalla attuale “legge bavaglio”. Tale circostanza li distingue e li differenzia dagli altri giudici. Più nello specifico, le associazioni giudiziarie europee rappresenterebbero sì un interesse diffuso, ovverosia il rispetto del principio dell’indipendenza e imparzialità del potere giudiziario – che costituisce, inoltre, il requisito essenziale per garantire la cooperazione tra i giudici europei e per utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale –, ma rappresentano, altresì, l’interesse particolare di quei giudici polacchi che, si sono visti negare le loro stesse garanzie e sarebbero, dunque, legittimati ad intentare una azione legale. Molti di questi, tra l’altro, hanno anche avviato un ricorso dinnanzi alla Corte di Strasburgo che ha ripetutamente sancito la violazione dell’art. 6, par. 1, CEDU (si pensi, tra gli altri, al recentissimo caso *Zurek c. Polonia* in cui il giudice Zurek, portavoce del Consiglio nazionale della magistratura, dopo aver criticato le riforme giudiziarie adottate da Varsavia è stato rimosso prima della scadenza del suo mandato).

Un’obiezione che si potrebbe sollevare è che le associazioni giudiziarie che hanno proposto il ricorso rappresentano i giudici europei e non solo i giudici polacchi. Questo elemento potrebbe indurre il Tribunale a sostenere che non sia possibile individuare i soggetti privati e che, dunque, le associazioni non possono pretendere di essere individualmente interessate se i loro membri non lo sono. A questo si può obiettare che la giurisprudenza di Lussemburgo afferma che il ricorso è ricevibile anche nel caso in cui l’associazione rappresenti gli interessi di una parte dei membri (i quali, a loro volta, devono essere legittimati ad agire) e non necessariamente di tutti (sentenza della Corte del 13 dicembre 2005, causa C-78/03 P, *Commissione c. Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum e V*).

Anche il profilo della legittimazione attiva, in caso di accoglimento del ricorso, rappresenta, dunque, un punto di particolare interesse perché il Tribunale potrebbe o confermare *Plaumann*, qualora i ricorrenti siano riusciti a dimostrare entrambi i requisiti o, in caso contrario, potrebbe discostarsi e allargare le maglie del *test*, magari proprio in considerazione della singolarità del caso in esame.

#### 4. Conclusioni

È evidente che, per i profili peculiari – e non sono gli unici – che si è cercato di tratteggiare, il ricorso delle associazioni giudiziarie rappresenta un’azione inedita dall’esito assolutamente non prevedibile.

La questione relativa alla legittimazione attiva è sicuramente il primo scoglio da superare per l'accoglimento del ricorso e a questo proposito merita una riflessione il fatto che, forse, un altro ricorrente avrebbe potuto impugnare la decisione del Consiglio. Sarebbe stato più semplice e anche coerente con l'atteggiamento mostrato finora, che il ricorso fosse proposto dal Parlamento europeo, che in quanto ricorrente privilegiato, non avrebbe dovuto dimostrare alcunché (A. JAKAB, *Three misconceptions about the EU rule of law crisis*, in *verfassungsblog.de*, 17 October 2022).

Senonché, il Tribunale, nello statuire la ricevibilità o meno del ricorso, dovrebbe tenere in debita considerazione due elementi. Il primo è l'impossibilità dei singoli giudici di esperire ulteriori rimedi, se non, previo esaurimento dei ricorsi interni, quello del ricorso alla CEDU; il secondo è il fatto che la Corte di Strasburgo – dinnanzi alla quale sono ormai pendenti più di ottanta ricorsi – ha già emesso una serie di decisioni definitive (tra le altre, sentenze della Corte EDU del 7 maggio 2021, ric. n. 4907/18, *Xero Flor c. Polonia*; del 22 luglio 2021, ric. n. 43447/19, *Reczkowicz c. Polonia*; del 15 marzo 2022, ric. n. 43572/18, *Jan Grzęda c. Polonia*) e di misure provvisorie (tra le altre, sentenza della Corte EDU, ric. n. 18001/22, *Stępka contro Polonia*, e da ultimo, il 18 ottobre 2022, nel caso *Zurek*, ricorsi n. 36137/22 e n. 41885/22) al fine di tutelare i giudici polacchi e il principio di indipendenza e imparzialità della magistratura.

L'auspicio è che il ricorso risulti ricevibile e che la Corte di giustizia, in linea con quanto già statuito dalla Corte EDU, possa continuare a costituire un attore chiave della lotta al deterioramento dello Stato di diritto.





UKRAINE: QUELLE PLACE  
POUR LES DROITS FONDAMENTAUX  
DANS LE PROCESSUS D'ADHÉSION À L'UNION EUROPÉENNE?

**Alexandre Lefebvre\***

RÉSUMÉ: 1. Introduction. – 2. L'inadéquation gênante dans la vision du respect des droits fondamentaux en Ukraine. – 3. Un objectif d'ajustement aux standards européens par la multiplication des condamnations?

1. *Introduction*

Par sa décision des 23 et 24 juin 2022, le Conseil européen a décidé d'offrir à l'Ukraine le statut d'État candidat à l'adhésion à l'Union européenne en réponse à sa demande d'adhésion formulée le 28 février 2022, cinq jours après le début de l'invasion russe. Il s'agit d'une décision éminemment politique, poussée par le contexte géopolitique particulièrement instable et par la volonté du Conseil européen de se montrer solidaire de l'Ukraine et d'indiquer au peuple ukrainien une perspective future, mais certaine, d'adhésion à l'UE (sur le sujet de la perspective d'adhésion de l'Ukraine à l'UE, voir, dans ce blog, F. CASOLARI, *L'Ucraina e la (difficile) prospettiva europea*, et R. TORRESAN, *Una seconda vita per il criterio di Copenhagen "perduto"? La c.d. capacità di assorbimento e l'identità dell'Unione europea davanti all'eventuale adesione dell'Ucraina*). Cependant, d'un point de vue juridique l'adhésion d'un État à l'Union européenne et la procédure qui y affère demeurent fermement encadrés par l'article 49 du Traité sur l'Union européenne, exigeant entre autres une consultation préalable de la Commission.

Depuis le Conseil européen de Copenhague de 1993, un ensemble de critères sont évalués par la Commission européenne parmi lesquels la capacité de l'État à présenter « *des institutions stables garantissant la démocratie, la primauté du droit, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection* ». Dans son avis, la Commission encourage le processus d'adhésion et relève ainsi que « *L'Ukraine a démontré la résilience de ses*

\* Attaché Temporaire d'Enseignement et de Recherche à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne ; Doctorant en droit de l'Union européenne – 22 décembre 2022.

*institutions garantissant la démocratie, la primauté du droit, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection* » (Avis de la Commission sur la demande d'adhésion de l'Ukraine à l'Union européenne, COM(2022) 407 final du 17 juin 2022).

Le contexte politique de cette demande d'adhésion, de même que les positions répétées de la Présidente de la Commission européenne à l'occasion de ses déplacements en Ukraine depuis le début du conflit permettent de comprendre l'engouement de la Commission quant à l'adhésion de l'Ukraine. Cet engouement se confirme également sur le plan juridique : en effet, dans son avis sur la demande d'adhésion de l'Ukraine à l'Union européenne (précité), la Commission semble particulièrement enthousiaste quant à cette adhésion et relève un nombre très restreint d'ajustements structurels nécessaires à l'acquisition du statut d'État candidat.

Ainsi, la Commission conditionne l'acquisition du statut d'État candidat à sept réformes institutionnelles jugées essentielles : une réforme de la sélection des juges constitutionnels ; la création d'une Haute Commission de qualification des juges ukrainienne ; le renfort de la lutte contre la corruption ; le renfort de la lutte contre le blanchiment de capitaux ; la mise en œuvre d'une loi visant à réduire l'influence excessive des oligarques dans la vie économique, politique et publique ; un alignement de la loi ukrainienne sur la directive « *Services de médias audiovisuels* » de l'Union européenne ainsi que l'achèvement des réformes relatives au cadre juridique des minorités nationales.

Difficile alors d'articuler pareil engouement des institutions européennes avec la récente jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : avec pas moins de cinquante-deux décisions contre l'Ukraine, rendues en octobre et novembre 2022 et portant sur des faits antérieurs au déclenchement de la guerre, celle-ci ne semble pas partager l'idée véhiculée par la Commission selon laquelle l'Ukraine fait effectivement preuve d'une résilience suffisante en matière de protection des droits de l'Homme.

Cette véritable salve d'arrêts contre l'Ukraine de la part de la Cour européenne des droits de l'Homme interroge à plusieurs titres, surtout si l'on prend en compte la concomitance de ces décisions avec la mise en œuvre du processus d'adhésion à l'Union européenne. Cet ensemble jurisprudentiel invite d'abord à questionner la cohérence et l'adéquation des positions européennes en matière de droits fondamentaux (2), mais aussi à envisager les potentiels objectifs – s'il y en avait – de cette insistance jurisprudentielle de la part de la Cour européenne des droits de l'Homme à l'encontre de l'Ukraine (3).

2. *L'inadéquation gênante dans la vision du respect des droits fondamentaux en Ukraine*

La dissension entre l'apparent respect des droits de l'Homme par l'Ukraine tel que promu par la Commission européenne et le rendu de cinquante-deux arrêts (dont cinquante et un reconnaissent la violation d'au moins une disposition de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales) est frappante.

Si l'avis de la Commission relève les très nombreuses condamnations de l'Ukraine par la Cour européenne des droits de l'Homme relevant de la procédure de surveillance renforcée en attente d'exécution (pas moins de 501 décisions), elle établit sobrement que « *La majorité des affaires sont répétitives et concernent des violations du droit à un recours effectif, la durée des procédures pénales, des mauvais traitements, y compris les mauvaises conditions de détention, la durée de la détention provisoire et le droit à la liberté et à la sûreté* » (Avis de la Commission sur la demande d'adhésion de l'Ukraine à l'Union européenne, COM(2022) 407 final du 17 juin 2022) sans pour autant y porter une attention particulière. En effet, aucune des sept réformes institutionnelles recommandées à l'Ukraine par la Commission en vue de l'acquisition de son statut d'État candidat ne porte sur ces questions fondamentales de droit à un procès équitable ou de la protection contre les mauvais traitements (relevant essentiellement des articles 3, 5 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales).

Pourtant, parmi les cinquante-deux décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme que nous relevons contre l'Ukraine en octobre et en novembre 2022, pas moins de quarante-quatre d'entre elles établissent des violations des articles 3, 5 et 6, et ce parfois pour des requêtes très récentes (entre 2011 et 2021). Dès lors, le problème systémique relevé par la Commission européenne dans son avis relatif à l'adhésion de l'Ukraine à l'Union européenne semble incontestablement persister.

Dans cette perspective, le silence de l'Union européenne en la matière semble particulièrement inquiétant. Peut-on décemment établir que « *le cadre juridique et institutionnel destiné à garantir le respect des droits fondamentaux est en place et globalement observé, mais sa mise en œuvre demande à être améliorée* » face à une telle défaillance systémique des institutions répressives et carcérales nationales ? De même, peut-on légitimement se limiter à recommander un renforcement de « *l'obligation de rendre des comptes et [de] l'efficacité du pouvoir judiciaire et remédier aux lacunes con-*

*statées dans le fonctionnement des institutions répressives, en particulier en ce qui concerne la lutte contre la corruption qui reste un problème de taille partout dans le pays » ?*

Ce silence est d'autant plus inquiétant que l'acquisition du statut d'État candidat semble pouvoir se faire en parfaite méconnaissance de droits garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui prohibe, en son article 4, la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants sur le modèle de l'article 3 de la Convention dont le caractère absolu est rappelé par l'absence de dérogation possible en cas d'état d'urgence sur le fondement de l'article 15.

L'avis de la Commission témoigne ainsi d'un intérêt variable selon que l'on traite de questions économiques et financières (largement envisagées dans les recommandations formulées par la lutte contre la corruption et le blanchiment de capitaux) et les questions relatives à la protection des droits fondamentaux, certes envisagés sous certains angles (notamment s'agissant du processus de sélection des juges constitutionnels et du pluralisme médiatique). La protection des droits humains les plus essentiels et indérogeables fait malgré tout l'objet d'un angle mort dans l'approche de la Commission européenne, qui ne formule pas de recommandation explicite et encore moins de conditionnalité à l'adhésion de l'Ukraine à l'Union européenne en la matière.

### 3. *Un objectif d'ajustement aux standards européens par la multiplication des condamnations?*

La salve d'arrêts d'octobre et novembre 2022 de la Cour européenne des droits de l'Homme contre l'Ukraine se révèle aussi inquiétante qu'encourageante. Inquiétante à deux titres : d'abord, comme nous l'avons envisagé, parce qu'elle fait l'objet d'une prise en compte très limitée dans le cadre du processus d'adhésion à l'Union européenne et ne semble donc pas être affirmée comme une condition *sine qua non* à l'adhésion ukrainienne, alors même que l'on parle des droits civils et politiques les plus essentiels et indérogeables.

Ensuite, parce que le nombre d'arrêts établissant des violations des articles 3, 5 et 6 relatifs au système judiciaire, répressif et carcéral ukrainien demeure particulièrement élevé, et confirme les défaillances systémiques qui s'observent depuis longue date en Ukraine (comme en témoignent les 501 arrêts relevant de la procédure de surveillance renforcée en attente

d'exécution notés par la Commission en la matière), sans que de véritables réponses nationales ne semblent être offertes. En outre, il ne fait aucun doute que les conditions de vie ukrainiennes depuis le début de l'invasion russe se sont durcies, ce qui ne peut que renforcer les mauvais traitements préexistants dans le système carcéral ukrainien.

Cette salve d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme peut cependant avoir un versant positif, et pourrait en réalité se transformer en un instrument utile à l'adhésion de l'Ukraine à l'Union européenne. Il peut en effet s'agir, pour la Cour, de souligner la persistance de ces défaillances systémiques dans un but d'une meilleure adéquation avec les standards de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ce faisant, en relevant progressivement les exigences vis-à-vis de l'Ukraine en matière de traitements inhumains et dégradants ou de délai raisonnable de jugement, les arrêts de la Cour pourraient à terme se révéler utiles.

Cette utilisation de la Cour européenne des droits de l'Homme au service de l'intégration d'un nouvel État au sein de l'Union européenne serait tout à fait conforme à l'idée de « *cosmopolitisme normatif* » (pour l'origine de l'expression, voir L. BURGORGUE-LARSEN, *Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Vices et vertus du cosmopolitisme normatif*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Paul Jacqué*, Paris, 2010 ; pour un exemple jurisprudentiel éloquent, voir Cour EDH, 12.11.2018, *Demir & Baykara c. Turquie*, requête n°34503/97).

La reconnaissance par le Conseil européen du statut d'État candidat pourrait également inciter l'Ukraine à procéder de manière plus résolue, après la cessation espérée du conflit, à la mise en conformité de son système juridique interne avec les standards de protection des droits fondamentaux, tels que définis par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et requis pour l'adhésion à l'Union européenne.

Annexe – Table des jurisprudences rendues en Octobre-Novembre 2022 contre l'Ukraine par la Cour européenne des droits de l'Homme (par ordre chronologique croissant)

<b>Date</b>	<b>Nom de l'affaire</b>	<b>Numéro de requête (seul le premier numéro est précisé en cas de requêtes jointes)</b>	<b>Violations constatées</b>
06/10/2022	<i>Ostapenko e.a. c. Ukraine</i>	19143/21	Article 3 Article 13
06/10/2022	<i>Boloyrev e.a. c. Ukraine</i>	19957/21	Article 3
06/10/2022	<i>Gildov e.a. c. Ukraine</i>	17869/21	Article 3 Article 13
06/10/2022	<i>Kuchuerenko e.a. c. Ukraine</i>	17411/21	Article 3 Article 13
06/10/2022	<i>Kushtyev e.a. c. Ukraine</i>	15984/21	Article 6§1 Article 13
06/10/2022	<i>Parkhomenko e.a. c. Ukraine</i>	13422/21	Article 6§1 Article 13
06/10/2022	<i>Volozhanin e.a. c. Ukraine</i>	8810/21	Article 6§1
06/10/2022	<i>Adamovych c. Ukraine</i>	2564/21	Article 3 Article 13
06/10/2022	<i>Ignatchenko c. Ukraine</i>	27265/21	Article 5§1
06/10/2022	<i>Kornilov c. Ukraine</i>	25633/21	Article 5§4
06/10/2022	<i>Bantysb e.a. c. Ukraine</i>	13063/21	Article 6§1
06/10/2022	<i>Kryzbanouskyy e.a. c. Ukraine</i>	16218/17	Article 5§3
06/10/2022	<i>Volyk c. Ukraine</i>	8942/17	Article 3 Article 13
06/10/2022	<i>Smagina c. Ukraine</i>	41891/15	Article 5§3
06/10/2022	<i>Demidetskiy c. Ukraine</i>	50829/09	Article 3

06/10/2022	<i>Mysbchysbyn c. Ukraine</i>	41557/13	Article 6§1
06/10/2022	<i>Biro e.a. c. Ukraine</i>	77948/13	Article 5§1
06/10/2022	<i>Makarov e.a. c. Ukraine</i>	49715/18	Article 6§1 Article 13
06/10/2022	<i>Leontyev c. Ukraine</i>	9262/19	Article 2§1
06/10/2022	<i>Zalevskyy c. Ukraine</i>	35093/19	Article 5§3
06/10/2022	<i>Suslov c. Ukraine</i>	46298/19	Article 3
06/10/2022	<i>Pushkaryov c. Ukraine</i>	55770/19	Article 6§1
06/10/2022	<i>Panchenko c. Ukraine</i>	62266/19	Article 6§1
06/10/2022	<i>Perspektyvnyy c. Ukraine</i>	9225/20	Article 3 Article 13
06/10/2022	<i>Gorbunenko c. Ukraine</i>	25534/20	Article 5§3
06/10/2022	<i>Ramazanov c. Ukraine</i>	31757/20	Article 3 Article 13
06/10/2022	<i>Telepenko c. Ukraine</i>	31763/20	Article 3 Article 13
06/10/2022	<i>Suslov et Batikyan c. Ukraine</i>	56540/14	Article 3
13/10/2022	<i>Shanovskyy c. Ukraine</i>	61431/15	Article 5§1
13/10/2022	<i>Pogoryelov c. Ukraine</i>	19062/15	Article 5§1
20/10/2022	<i>Musbyskyy c. Ukraine</i>	27182/16	Article 3
20/10/2022	<i>Lysak c. Ukraine</i>	52299/14	Article 1 du Premier protocole
27/10/2022	<i>Pryshodko e.a. c. Ukraine</i>	32479/21	Article 3 Article 13
27/10/2022	<i>Pankratov e.a. c. Ukraine</i>	45358/20	Article 6§1
27/10/2022	<i>Latyuk e.a. c. Ukraine</i>	23548/20	Article 6§1 Article 13
27/10/2022	<i>Surzban c. Ukraine</i>	74633/17	Article 5§3



03/11/2022	<i>MM. &amp; ZM. c. Ukraine</i>	4669/20	Article 8
03/11/2022	<i>Tsmokalov c. Ukraine</i>	15524/13	Article 8
03/11/2022	<i>Vitko e.a. c. Ukraine</i>	1907/16	Article 3 Article 13
10/11/2022	<i>Yermolenko e.a. c. Ukraine</i>	27231/21	Article 3 Article 13
10/11/2022	<i>Minskyy e.a. c. Ukraine</i>	33518/20	Article 3 Article 13
10/11/2022	<i>Shapkin c. Ukraine</i>	13795/20	Article 5§4
10/11/2022	<i>Zakharov c. Ukraine</i>	52784/19	Article 3
10/11/2022	<i>Semerzhiy e.a. c. Ukraine</i>	55064/18	Article 2§1
10/11/2022	<i>Sidak c. Ukraine</i>	68678/17	Article 5§3
10/11/2022	<i>Kotlyar c. Ukraine</i>	36124/13	Article 6
10/11/2022	<i>Labudyak e.a. c. Ukraine</i>	60298/12	Article 5§1
10/11/2022	<i>Bogomol c. Ukraine</i>	15528/11	Article 3 Article 6§1
10/11/2022	<i>Ivanov e.a. c. Ukraine</i>	47391/15	Article 5§3
10/11/2022	<i>Kupinskyy c. Ukraine</i>	5084/18	Article 3 Article 7
17/11/2022	<i>Ilyin e.a. c. Ukraine</i>	74852/14	Absence de violation

CASO SEA-WATCH: LA CORTE DI GIUSTIZIA UE  
PONE LIMITI ALLA PRASSI DEI FERMI AMMINISTRATIVI

**Benedetta Minucci\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti all’origine della controversia. – 3. L’ambito di applicazione della direttiva 2009/16/CE. – 4. Osservazioni preliminari. – 5. Le questioni pregiudiziali. – 6. Il principio di leale cooperazione. – 7. Brevi riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

Con una lunga sentenza del 1° agosto 2022, nelle cause riunite C-14/21 e C-15/21, la Corte di giustizia dell’Unione europea, riunita in Grande Sezione, ha segnato un importante punto fermo sulla delimitazione delle competenze dello Stato di approdo e dello Stato di bandiera sulle imbarcazioni che effettuano, come attività principale, operazioni di salvataggio in mare.

La decisione che qui si commenta è indubbiamente di massimo interesse sotto diversi profili.

Il primo, di più immediata evidenza, è legato alla delicatezza della materia considerata e all’attenzione che i nostri media, seppur ad intermittenza, rivolgono al tema dei soccorsi in mare. E ciò, tanto più, a seguito del decreto interministeriale del 4 novembre 2022, adottato dal Ministro dell’Interno di concerto con il Ministro della Difesa e del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, con il quale si rischia di innescare una retromarcia nella tutela dei migranti e nel rispetto degli obblighi umanitari.

Difatti, con tale decreto si pretende di riservare lo sbarco alle sole persone che versino in condizioni emergenziali e in precarie condizioni di salute; a tutte le altre persone, invece, viene assicurata la mera assistenza occorrente per l’uscita dalle acque territoriali; e ciò, si pone decisamente in contrasto con il divieto di respingimento collettivo, sancito in molteplici regole di rango internazionale, europeo e nazionale (v. in dottrina C. FA-

\* Dottoranda di ricerca in Diritto dell’Unione europea - Università degli Studi di Napoli “Parthenope” – 22 novembre 2022.

VILLI, *La stagione dei porti semichiusi: ammissione selettiva, respingimenti collettivi e responsabilità dello Stato di bandiera*, in *Questione giustizia*, nn. 2/3, 2022).

In secondo luogo, la sentenza assume rilievo poiché, per la prima volta è stata oggetto di interpretazione la direttiva 2009/16/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai controlli che lo Stato di approdo deve svolgere sui natanti battenti una bandiera diversa dalla propria.<sup>1</sup>

Ancora, in virtù del fatto che la Corte si discosta, almeno in parte, dalle conclusioni dell'avvocato generale Rantos, formulate lo scorso 22 febbraio e che, tale circostanza, si registra piuttosto raramente nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

## 2. *I fatti all'origine della controversia*

Occorre brevemente ricordare che la *querelle*, posta all'attenzione prima del TAR Sicilia e poi della Corte di giustizia, ha origine nell'estate del 2020, quando la *Sea-Watch 3* e la *Sea-Watch 4* – due delle navi dell'organizzazione umanitaria senza scopo di lucro, *Sea-Watch*, che ha sede legale in Berlino e svolge, in modo sistematico, attività di ricerca e soccorso (attività c.d. SAR) – dopo aver effettuato salvataggi di diverse centinaia di persone nelle acque internazionali del Mar Mediterraneo e, dopo aver sbarcato le persone soccorse nei porti di Palermo e di Porto Empedocle, sono sottoposte a pulizia e a disinfezione, nonché a ispezioni dettagliate.

Le Capitanerie di porto competenti hanno poi ordinato il fermo dalla navigazione, in seguito all'emersione di una serie di irregolarità tecniche ed operative, ritenute pericolose per la sicurezza, la salute e l'ambiente.

Dal canto suo, la *Sea-Watch* ha corretto un certo numero di tali carenze ma non quelle che, a suo avviso, non sono state dimostrate dalle autorità italiane, con particolare riguardo alla classificazione e alle certificazioni in possesso delle due navi. Va infatti ricordato che queste erano classificate come “navi da carico” dall'ente di classificazione dello Stato di bandiera.

Permanendo il fermo, la *Sea-Watch* ha proposto, dunque, due ricorsi dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per l'annullamento dei provvedimenti di fermo, e di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente, sostenendo che le Capitanerie avrebbero violato i poteri di cui dispongono le autorità dello Stato di approdo, quali risultano dalla direttiva 2009/16, interpretata alla luce del diritto internazionale consuetudinario

e convenzionale applicabile (per un'analisi più approfondita ci permettiamo di rinviare a B. MINUCCI, *Il fermo amministrativo della nave Sea-Watch 4 al vaglio della Corte di giustizia*, in questo *Blog*, 15 dicembre 2021).

### 3. *L'ambito di applicazione della direttiva 2009/16/CE*

Nutrendo dubbi sull'interpretazione della citata direttiva e delle convenzioni internazionali in materia di diritto marittimo ed in considerazione di un panorama normativo tanto articolato, il TAR Sicilia ha ritenuto che la soluzione delle controversie nei procedimenti principali imponesse di adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia. Pertanto, ha interrogato il giudice dell'Unione, in primo luogo, in merito all'ambito di applicazione della direttiva, al fine di comprendere se le navi utilizzate sistematicamente da un'organizzazione umanitaria per un'attività di ricerca e soccorso di persone in pericolo o in difficoltà in mare siano (o meno) soggette alla stessa.

In secondo luogo, e a seguito della definizione in senso positivo della prima questione, il giudice del rinvio ha sollevato una serie di interrogativi relativi alle condizioni e all'estensione dei poteri di controllo, ispezione e fermo da parte dello Stato di approdo.

Orbene, quanto alla prima problematica, nell'ordinanza, il giudice del rinvio dubitava che la direttiva si applicasse a navi che, pur riconosciute come "navi da carico" dall'ente di classificazione dello Stato di bandiera, dunque da destinare a scopi commerciali, siano di fatto utilizzate per attività di soccorso umanitario.

Per sua parte la Corte di giustizia, peraltro in linea con quanto rilevato dall'avvocato generale, afferma che la direttiva 2009/16 è applicabile a qualsiasi nave che, al pari di quelle di cui trattasi nei procedimenti principali, si trovi in un porto, in un ancoraggio o nelle acque soggetti alla giurisdizione di uno Stato membro e batta bandiera di un altro Stato membro o di uno Stato terzo, e sempre che non ricada in una delle categorie tassativamente escluse ed elencate all'articolo 3, paragrafo 4, di tale direttiva (secondo il quale sono esclusi dall'ambito di applicazione di quest'ultima i pescherecci, le navi da guerra, i macchinari navali ausiliari, le imbarcazioni in legno di costruzione rudimentale, le navi di Stato usate per scopi non commerciali e le imbarcazioni da diporto che non si dedicano ad operazioni commerciali). Tra l'altro, il fatto che l'attività effettiva della nave di cui trattasi non coincida con quella per la quale è stata classificata e certificata nel proprio Stato di bandiera è irrilevante ai fini dell'applicabilità di detta direttiva.

Tale interpretazione, del resto, è conforme all'obiettivo perseguito da tale atto che consiste nel migliorare l'osservanza delle norme di diritto internazionale e della legislazione dell'Unione relative alla sicurezza marittima, alla tutela dell'ambiente marino e alle condizioni di vita e di lavoro a bordo, definendo criteri comuni per il controllo delle navi da parte dello Stato di approdo e armonizzando le procedure di ispezione e di fermo. Di conseguenza, la direttiva in tal senso interpretata osta a che una normativa, come quella nazionale di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 53/2011, di recepimento della stessa, limiti la sua applicabilità alle sole navi impiegate a fini commerciali.

Dunque, provando a definire e ad archiviare tale prima e fondamentale questione, è sicuramente auspicabile un intervento del legislatore italiano che modifichi la norma interna divenuta incompatibile; e ciò soprattutto nella prospettiva di rispettare il principio del primato del diritto dell'Unione (v. 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 eV*, in *DPCE online*, n. 3, 2022, p. 1683 ss.).

#### 4. Osservazioni preliminari

Le questioni dalla seconda alla quinta vertono sulle condizioni di attuazione del sistema di controllo, ispezione e fermo nei confronti delle navi soggette alla giurisdizione dello Stato membro di approdo e, più specificamente, delle navi private di soccorso umanitario. Per la risoluzione delle stesse, tuttavia, risulta necessario premettere una serie di considerazioni aventi ad oggetto le numerose convenzioni internazionali, alla luce delle quali le disposizioni di diritto derivato dell'Unione devono essere interpretate.

*In primis* rileva la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare (d'ora in avanti SOLAS), conclusa a Londra nel 1960, della quale sono parti tutti gli Stati membri dell'Unione, ma non già l'Unione stessa. Nondimeno, da una giurisprudenza costante della Corte risulta che, laddove l'Unione non sia parte di una convenzione internazionale, di essa si può senz'altro tener conto, nell'ipotesi in cui – come nel caso di specie – tutti gli Stati membri l'abbiano sottoscritta. Più in particolare, ai sensi di tale Convenzione, l'avvenuta attività di salvataggio in mare si traduce in una posizione di vantaggio da parte della nave soccorritrice, la quale non è soggetta alla pedissequa osservanza degli *standard* di sicurezza. Infatti, l'articolo IV della SOLAS, rubricato "Casi di forza maggiore", di-

sponde che, ai fini dei requisiti di sicurezza, non devono essere computate le persone che si trovano a bordo di una nave per causa di forza maggiore o in conseguenza dell'obbligo imposto al comandante di trasportare naufraghi o altre persone. Da ciò discende che né lo Stato costiero e né, del resto, lo Stato di bandiera possono esercitare i loro rispettivi poteri di controllo del rispetto delle norme di sicurezza in mare.

Nel prosieguo, la Corte si sofferma sulla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, la cd. UNCLOS, firmata dall'Unione, che di conseguenza ne risulta vincolata; le sue disposizioni formano parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Tale Convenzione sancisce, per gli aspetti che qui rilevano, l'obbligo fondamentale di prestare soccorso alle persone in pericolo o in difficoltà in mare, nella misura in cui sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri. Per di più, ogni Stato costiero è tenuto 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.

In sostanza, quanto premesso consente alla Corte di giustizia di assumere tali pertinenti convenzioni nel settore del diritto internazionale del mare quali fonti utili ai fini dell'interpretazione della direttiva 2009/16 (sul tema, v. S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea. Controllo delle frontiere, protezione internazionale, immigrazione regolare, rimpatri, relazioni esterne*, Torino, 2019).

##### 5. *Le questioni pregiudiziali*

Ciò posto, è in riferimento alla seconda questione pregiudiziale che la Corte di giustizia dell'Unione europea sembra porre requisiti assai più stringenti – perlomeno rispetto alle conclusioni motivate dell'avvocato generale – nel delineare le condizioni in presenza delle quali lo Stato di approdo possa condurre un'ispezione supplementare nei confronti delle navi impegnate sistematicamente in un'attività di ricerca e soccorso.

Oggetto specifico di interpretazione è l'articolo 11, lettera b), della direttiva in esame, il quale impone agli Stati di approdo di sottoporre le navi che fanno scalo nei porti o negli ancoraggi comunitari ad ispezioni periodiche e ad ispezioni supplementari nel caso in cui queste presentino uno dei "fattori di priorità assoluta" o dei "fattori imprevisti" previsti dalla direttiva (v. allegato I, parte II, punti 2A e 2B).

Più nello specifico, si tratta di chiarire se l'utilizzo di navi da carico, ai

fini di un'attività di soccorso, possa essere considerato sufficiente per l'inizio di tali forme di controllo, in ragione del fatto che esse trasportano un numero di persone sproporzionato rispetto alle loro capacità effettive.

Per la Grande Sezione, in assenza di indicazioni che consentano di collegare tale circostanza a un "fattore di priorità assoluta", la situazione oggetto di analisi può rientrare esclusivamente nell'ambito di un "fattore imprevisto" dovuto, in particolare, alla gestione insicura della nave e alla mancanza di adeguati equipaggiamenti di sicurezza (allegato I, parte II, punto 2 B, nono trattino, relativo al fatto che tali navi sarebbero state "gestite in modo da costituire un pericolo per le persone, le cose o l'ambiente").

Nondimeno, come precisato dalla Corte, la manifesta sproporzione tra la capacità di trasporto di tali navi e il numero di persone effettivamente soccorse non è, di per sé sola, sufficiente a legittimare una simile ispezione. Invero, la decisione adottata dallo Stato di approdo deve comunque essere motivata e, nel merito, giustificata sia in diritto sia in fatto. In effetti, un controllo di tale portata deve fondarsi su indizi seri, in grado di dimostrare l'esistenza di un pericolo per la salute, la sicurezza, le condizioni di lavoro a bordo o l'ambiente. Tra l'altro, tali ispezioni supplementari possono essere effettuate solo dopo aver completato tutte le operazioni relative al trasbordo o allo sbarco delle persone alle quali i comandanti hanno deciso di prestare soccorso.

Ebbene, per la prima volta, il giudice dell'Unione giunge ad indebolire espressamente uno dei capisaldi della motivazione con cui le Capitanerie di Porto avevano ordinato il fermo amministrativo delle navi *Sea-Watch 3* e *4*, cercando di porre un freno alle ispezioni e ai fermi pretestuosi e sgretolando la legittimità degli stessi in assenza di indizi seri e motivati.

Ma non è tutto. Con la terza e la quarta questione, la Corte di giustizia provvede ulteriormente a limitare i poteri delle autorità degli Stati di approdo sulle navi private di assistenza umanitaria (v. F. DE VITTOR, *Questioni di interpretazione e applicazione delle convenzioni internazionali sulla sicurezza in mare*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2021, p. 103 ss.). In tale ottica, la Grande Sezione interpreta l'articolo 13 della direttiva 2009/16 in modo da non consentire loro di richiedere il possesso di certificati diversi da quelli rilasciati dallo Stato di bandiera o imporre loro il rispetto dei requisiti e delle prescrizioni applicabili ad altre classificazioni. Una simile possibilità si tradurrebbe nella violazione del riparto di competenze tra lo Stato costiero e lo Stato di bandiera previsto dalla direttiva e sarebbe contraria non soltanto alle norme pertinenti di diritto internazionale, ma anche

alla stessa direttiva. Infatti, un controllo del genere equivarrebbe a rimettere in discussione il modo in cui lo Stato di bandiera ha esercitato la propria competenza in materia di concessione della propria nazionalità alle navi, nonché di classificazione e di certificazione di queste ultime.

Per contro, lo Stato di approdo ha il diritto, per dimostrare l'esistenza di indizi seri di un pericolo imminente, di tenere conto della differenza tra la certificazione di una nave e il suo utilizzo sistematico ed effettivo. Spetta tuttavia allo Stato in questione addurre elementi giuridici e fattuali circostanziati idonei a dimostrare le ragioni per le quali tale circostanza comporti, da sola o con altri elementi, un pericolo concreto.

#### 6. *Il principio di leale cooperazione*

Il quinto e ultimo quesito, forse il più interessante, vede la Corte discostarsi di gran lunga dal percorso argomentativo seguito dall'avvocato generale Rantos.

Sebbene non sembri il caso di soffermarsi sulle conclusioni (per la cui disamina sia consentito rinviare a B. MINUCCI, *Caso Sea-Watch: il fermo delle navi potrebbe essere giustificato dal diritto dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 28 marzo 2022), preme rimarcare la divergenza rispetto ad esse, dell'analisi condotta dalla Corte.

Con l'ultima domanda, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 19 della direttiva 2009/16 debba essere interpretato nel senso che lo Stato di approdo possa subordinare il mancato fermo delle navi sistematicamente usate per il soccorso in mare o la revoca di siffatto fermo a due condizioni alternative. La prima è che tali navi dispongano di certificati idonei all'attività effettivamente e regolarmente svolta e rispettino le prescrizioni corrispondenti; la seconda è che le navi in questione eseguano le azioni correttive richieste in materia di sicurezza, di prevenzione dell'inquinamento, nonché di condizioni di vita e di lavoro a bordo.

La risoluzione di tale ultima questione rappresenta, probabilmente, la principale svolta della vicenda, in quanto il giudice dell'Unione giunge a delimitare nettamente i presupposti che legittimano l'adozione del fermo dalla navigazione e fa, inoltre, leva sulla necessità di un bilanciamento e di un equilibrio tra le competenze e i poteri degli Stati.

Anzitutto, l'eventuale fermo permetterebbe allo Stato di approdo di andare oltre quello che, invece, è soltanto un controllo di secondo grado. Ne consegue che un simile provvedimento può essere adottato soltanto



qualora le carenze rilevate rappresentino un *evidente* pericolo o rischio futuro e, da sole o nel complesso, siano idonee a rendere la nave insicura.

In secondo luogo, quanto alle azioni correttive che tali autorità possono imporre, le norme di diritto internazionale nel cui ambito la direttiva 2009/16 si inserisce, ostano a che tale atto derivato sia interpretato nel senso che lo Stato di approdo possa imporre alle navi soggette alla sua giurisdizione il possesso di certificati diversi da quelli rilasciati dallo Stato di bandiera o l'osservanza delle prescrizioni applicabili alle navi rientranti in una classificazione diversa da quella disposta dalle autorità di quest'ultimo Stato. Da ciò discende che lo Stato di approdo non può subordinare il mancato fermo o la sua revoca a simili condizioni.

A ciò si aggiunga che azioni correttive, sebbene possibili, devono essere non solo idonee e necessarie a correggere le carenze che rappresentano un evidente pericolo, ma anche proporzionate a tal fine. Ed in ogni caso, l'imposizione di simili correzioni deve, ad avviso della Corte, rappresentare l'*extrema ratio*. Difatti, lo Stato di approdo deve preventivamente informare per iscritto lo Stato di bandiera in merito alle circostanze e alle ragioni che hanno determinato l'ispezione e il fermo di una nave battente la sua bandiera, comunicandogli i verbali redatti.

In altre parole, lo Stato costiero dovrebbe intraprendere un dialogo con lo Stato di bandiera e dare avvio ad un'efficace fase di collaborazione. Gli stessi devono adoperarsi per raggiungere una posizione concordata sulle azioni che ciascuno di loro deve attuare. Trattasi di un rapporto di scambio reciproco che è ulteriormente rafforzato se calato nel diritto dell'Unione europea e letto alla luce del principio di leale cooperazione enunciato all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, che obbliga gli Stati membri a rispettarsi e assistersi reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati e al quale la Corte fa espresso riferimento nelle ultime battute della sua decisione.

## 7. *Brevi riflessioni conclusive*

Provando a tirare le fila sul caso sottoposto all'attenzione della Grande Sezione, la sentenza – a cui i tribunali italiani dovranno dare esecuzione per non incorrere in procedure di infrazione – potrebbe diventare un precedente storico a cui appellarsi in episodi come questi, che si verificano con ancora troppa frequenza. Non a caso, a partire dal 2020, la misura del fermo amministrativo è diventata lo strumento ordinario di contrasto delle

attività di ricerca e soccorso che le navi delle ONG tentano ancora di svolgere nelle acque internazionali del Mediterraneo centrale. E le notizie più recenti sono ben lontane da far sperare in un cambio di rotta imminente. Da ultimo, un'ennesima nave (Geo Barents) è rimasta bloccata nel porto di Catania in seguito ad un ordine interministeriale, firmato dal ministro delle Infrastrutture, che ha obbligato il comandante della stessa, per diversi giorni, a non far sbarcare i naufraghi salvati nel corso della missione.

Certo è che, con tale pronuncia della Corte di giustizia, non sarà più possibile bloccare le navi di ONG sulla base di contestazioni formali non fondate su valide argomentazioni giuridiche. In particolare, considerando le norme fondamentali del diritto internazionale del mare ed interpretando le pertinenti disposizioni della direttiva 2009/16, per la prima volta è stato definito e riequilibrato il riparto tra le competenze degli Stati di bandiera e quelle degli Stati di approdo, chiarendo con fermezza come i poteri di questi ultimi non siano affatto illimitati. Ed è stata sottolineata l'indispensabilità di presupposti e condizioni ben precisi ai fini dell'adozione di provvedimenti di fermo.

In attesa, dunque, che il governo italiano prenda provvedimenti idonei a rispettare l'obbligo di ricerca e di salvataggio che prevale su tutte le norme e gli accordi bilaterali finalizzati al contrasto dell'immigrazione irregolare, bisogna apprezzare il giusto equilibrio raggiunto dalla Corte di giustizia che sembra non dimenticare che le imbarcazioni private, ad oggi, costituiscono la principale risorsa per prevenire e per contenere i decessi nel Mediterraneo, pur in un sostanziale rispetto dei parametri di sicurezza.



IL PRINCIPIO DEL PRIMATO È “SOTTO ATTACCO”?  
BREVI NOTE SU (PRESUNTI) LIMITI SCATURENTI  
DALLE COSTITUZIONI NAZIONALI E DAL SINDACATO  
DELLE CORTI COSTITUZIONALI

**Lorenzo F. Pace\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’Unione europea, la sua natura giuridica e il suo obiettivo “continentale”. – 3. I fondamenti teorici del principio dell’effetto diretto e del primato secondo una ricostruzione tecnico-giuridica. – 4. Può la Costituzione italiana limitare l’efficacia del principio del primato del diritto dell’Unione? – 5. Le varie forme di sindacato sulla legittimità del diritto dell’Unione da parte delle Corti costituzionali (controlimiti, *ultra vires*, etc.) ed il loro frontale contrasto con il diritto dell’Unione. – 6. L’art. 4, c. 2, TUE quale forma di tutela dei principi fondamentali degli Stati membri. Il “dialogo tra Corti” quale presupposto dell’effettività di tale norma: il differente approccio della Corte costituzionale italiana, tedesca e polacca. – 7. Anche l’Unione europea può “mordere”: la reazione dell’Unione alla sentenza della Corte costituzionale tedesca nel caso PSPP (2020); gli “storici” impegni dello Stato tedesco per ottenere l’archiviazione della successiva procedura d’infrazione (2021). – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Sembrirebbe che il principio del primato del diritto dell’Unione sia “sotto attacco” da più parti. Da una parte, nella discussione pubblica si è sostenuta la possibilità che norme costituzionali possano limitare l’effetto di tale principio nell’ordinamento italiano. Dall’altra, la recente giurisprudenza di alcune Corti costituzionali europee ha concluso per la possibilità di limitare l’efficacia del diritto dell’Unione negli ordinamenti nazionali, questo a tutela di propri principi fondamentali.

Entrambi tali assunti, come dimostrato dalla recente prassi, sono errati ai sensi del diritto dell’Unione europea.

Al fine di chiarire i motivi di tale conclusione, in queste note si motiverà il perché il principio del primato è conseguenza della stessa natura giu-

\* Professore associato, abilitato ordinario, di diritto dell’Unione europea presso l’Università del Molise – 5 ottobre 2022

ridica dell'Unione. Si individuerà poi il fondamento teorico di tale principio e del suo "precedente logico", cioè il principio dell'effetto diretto. A fronte di questo si ricorderà come il principio del primato sia integralmente disciplinato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e non può essere limitato in alcun modo da normativa nazionale anche di rango costituzionale. Successivamente si individueranno gli strumenti previsti dai Trattati a tutela dei principi fondamentali degli Stati membri (art. 4, c. 2, TUE) ed il "dialogo" tra Corti che tale norma presuppone. A fronte di questo si motiveranno le ragioni dell'illegittimità di forme di sindacato nazionale da parte delle Corti costituzionali finalizzate ad "amputare" la competenza esclusiva d'interpretazione vincolante del diritto dell'Unione della Corte di giustizia. Da ultimo si farà riferimento alla recente prassi – v. sentenza della Corte costituzionale tedesca sul programma PSPP della BCE e suoi successivi sviluppi – che ha dimostrato come l'ordinamento dell'Unione dispone di strumenti efficaci al fine di tutelare la propria legalità anche a fronte di tentativi degli Stati membri di violare, tra l'altro, il principio del primato del diritto dell'Unione.

La presente nota riprende e sviluppa temi trattati nel mio volume sulla natura giuridica dell'Unione (L. F. PACE, *La natura giuridica dell'Unione europea: teorie a confronto – L'Unione ai tempi della pandemia*, Bari, 2021). Per semplicità di lettura limito qui i riferimenti dottrinari rinviando al volume.

## 2. *L'Unione europea, la sua natura giuridica e il suo obiettivo "continentale"*

Al fine di comprendere appieno il centrale ruolo che il principio del primato svolge all'interno dell'Unione è necessario, in primo luogo, delineare brevemente la natura giuridica dell'Unione e la sua finalità ultima.

Dal punto di vista giuridico l'Unione europea costituisce la soluzione individuata nel 1950 dagli Stati del continente alla crisi dello Stato nazionale sul territorio europeo. In particolare, l'Unione europea è finalizzata a risolvere i "conflitti di sovranità" fra Stati del continente europeo sviluppatisi all'inizio del XX secolo in conseguenza della nascita della contraddizione tra Stato e mercato; cioè la situazione in cui i mercati erano oramai divenuti di dimensione internazionale mentre gli Stati sul continente europeo erano rimasti di dimensione locale.

In particolare, l'Unione si prefigge di promuovere la pace, il benessere dei cittadini europei nel contesto di un quadro di valori comuni (art. 3, c.

1, TUE). Obiettivi che, in conseguenza della crisi dello Stato nazionale – come dimostrato dalla cd. seconda “guerra dei trent’anni” nel XX secolo – non potevano essere più perseguiti in un continente organizzato esclusivamente da “enti statali” indipendenti e senza alcuna cooperazione tra di loro.

Quindi, dal punto di vista fattuale, l’Unione costituisce, in primo luogo, la soluzione e la protezione del continente europeo e dei suoi popoli dalla guerra e dal caos politico.

Dal punto di vista giuridico l’Unione europea costituisce un’organizzazione sovranazionale, cioè un ente organizzato intorno a tre principi: autonomia, principio dell’effetto diretto e del primato del diritto dell’Unione, tutela giurisdizionale e ruolo della Corte di giustizia (F. CAPOTORTI, *Supranational organizations*, in R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, 1983; L. S. ROSSI, *Il principio di uguaglianza fra gli Stati membri nell’Unione europea*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 2013, p. 361). La particolarità dell’Unione, rispetto ad altre organizzazioni sovranazionali, è costituita dalla sua finalità (art. 3, c. 1, TUE), dalle peculiarità della sua natura giuridica (in particolare il carattere intersoggettivo dell’Unione), così come dalle caratteristiche “immodificabili” del suo ordinamento giuridico come individuate dalla Corte di giustizia (tra cui i principi di autonomia, dell’effetto diretto e del primato del diritto dell’Unione; v. per tutte il parere 2 del 2013 di cui è stato relatore il nostro Presidente Antonio Tizzano, 18 dicembre 2014, 2/13). Tali caratteristiche definite nei Trattati e nella giurisprudenza della Corte sono finalizzate ad organizzare un ente che si fonda sul principio di uguaglianza fra gli Stati membri (art. 4, c. 2, TUE).

A fronte della struttura del suo ordinamento giuridico il diritto dell’Unione si caratterizza come autonomo tanto dal diritto internazionale, quanto dal diritto degli Stati membri. In altre parole, quello dell’Unione costituisce diritto dell’Unione *sic et simpliciter* (sentenza della Corte del 2 settembre 2021, causa C-741/19, *Repubblica di Moldova c. Komstroy*).

Da un punto di vista storico-giuridico l’Unione europea può essere concepita come una nuova forma di organizzazione politico-istituzionale del continente europeo e dei suoi popoli (art. 1, comma 2, TUE) con la finalità, tra l’altro, di garantire la stabilità politica continentale. Finalità questa dell’Unione non molto differente, *mutatis mutandis*, rispetto a quella dei grandi “ordinamenti giuridici continentali” che si sono succeduti nel corso della storia europea, come ad esempio l’Impero romano, l’Impero carolingio e il Sacro romano impero.

3. *I fondamenti teorici del principio dell'effetto diretto e del primato secondo una ricostruzione tecnico-giuridica*

La ricostruzione dei fondamenti teorici dei principi qui in discussione secondo il testo dei Trattati e secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia – cioè, in breve, secondo un'impostazione tecnico-giuridica – porta a sostenere che tali principi siano conseguenza della natura giuridica dell'Unione ed in particolare conseguenza, in primo luogo, del carattere intersoggettivo del suo ordinamento. Inoltre, come si vedrà, le loro caratteristiche ed effetti – anche nei confronti del diritto degli Stati membri – sono disciplinati esclusivamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. A fronte di ciò, anche a tutela del principio di autonomia, nessun atto legislativo nazionale, neanche di rango costituzionale, può limitare gli effetti di tale principio come definiti dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

Come noto, il carattere intersoggettivo dell'Unione è conseguenza della presenza nel Trattato CEE di divieti diretti nei confronti dei singoli (artt. 85 e 86 TCEE). La Corte di giustizia nella sentenza *Bosch* (sentenza della Corte del 6 aprile 1962, causa 13/61, *de Geus c. Robert Bosch GmbH*) ha affermato che questi sono direttamente applicabili, cioè non richiedono l'adozione di misure nazionali di adattamento (sul punto v. D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, p. 44). A fronte di questo i singoli sono a pieno titolo soggetti dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Ed infatti la Corte di giustizia nella successiva sentenza *Van Gend en Loos* (sentenza della Corte del 5 febbraio 1964, causa 26/62) ha riconosciuto espressamente quanto già affermato nella sentenza *Bosch*.

Il fatto che i singoli siano “soggetti dell'ordinamento dell'Unione” – ed in particolare che siano destinatari di norme di divieto che non richiedono per la loro efficacia provvedimenti statali di adattamento (sent. *Bosch*) – ha permesso alla Corte nella sent. *Van Gend en Loos* di “fare un passo ulteriore” nella sua giurisprudenza. Cioè affermare che i singoli possono essere destinatari – oltre che di divieti – anche di diritti; anche in questo caso diritti esercitabili immediatamente senza la necessità di misure statali di adeguamento. Tali diritti costituiscono – come sopra indicato – la “contropartita” degli obblighi in capo agli Stati membri sul modello della natura bilaterale del rapporto giuridico.

Nel tentativo di semplificare, il principio d'effetto diretto presenta un problema specifico per quanto riguarda il come e il perché riconoscere un “diritto soggettivo” ad un singolo come conseguenza di un obbligo conte-

nuto nel Trattato e diretto nei confronti di uno Stato membro – il caso *Van Gend en Loos* per intenderci -. La soluzione teorica individuata da Trabucchi – influente giudice della Corte nella sentenza *Van Gend en Loos* – è la seguente. Tale risultato è la conseguenza della violazione di un obbligo da parte di uno Stato. In particolare, l’obbligo violato è quello di non emanare misure in contrasto con il diritto dell’Unione a fronte delle competenze attribuite dagli Stati all’Unione per mezzo di Trattati. Cioè tale aspetto è diretta conseguenza del fatto che l’Unione è titolare di proprie competenze attribuite dagli Stati membri per mezzo dei Trattati; da ciò sorge, a sua volta, l’obbligo degli Stati membri di limitare l’esercizio delle proprie competenze sovrane. Non è un caso che al fine di trovare una soluzione a tale aspetto il “civilista” Trabucchi richiami l’“internazionalista” Verdross (A. TRABUCCHI, *Un nuovo diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1963, p. 265).

Passando al principio del primato del diritto dell’Unione, il suo fondamento teorico costituisce uno sviluppo di quello dell’effetto diretto. Infatti, il principio del primato è conseguenza del fatto che uno Stato abbia emanato una misura in contrasto con il diritto dell’Unione. Così facendo lo Stato viola – come già prima osservato – l’obbligo di non esercitare le proprie competenze sovrane in violazione del diritto dell’Unione.

I principi dell’effetto diretto e del primato rafforzano quindi il sistema di tutela della legalità dell’Unione e di tutela dell’efficacia del diritto dell’Unione creando il sistema cd. di “double vigilance” (K. LENAERTS, *The Autonomy of European Union Law*, in *I Post di AISDUE*, 2019, p. 2).

#### 4. *Può la Costituzione italiana limitare l’efficacia del principio del primato del diritto dell’Unione?*

Abbiamo visto che il principio del primato – e dell’effetto diretto – sono integralmente definiti nei loro caratteri dal testo dei Trattati e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

In Italia la norma costituzionale che permette il recepimento di tali principi è l’art. 11 Cost. Come ricordava il compianto prof. Tesaurò in una delle sentenze “gemelle”: “[i]l fondamento costituzionale [dell’] efficacia diretta è stato individuato nell’art. 11 Cost., nella parte in cui consente le limitazioni della sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni” (sentenza della Corte costituzionale del 22 ottobre 2007, n. 349/2007, par. 3.3).



L'art. 11 Cost., proprio per le limitazioni di sovranità lì richiamate, permette che nei Trattati siano disciplinate norme direttamente efficaci nei confronti dei privati senza necessità di norme nazionali di adattamento. Ed è sempre l'art. 11 Cost., per quello che vedremo dopo, che permette che i Trattati disciplinino il “monopolio d'interpretazione vincolante” del diritto dell'Unione in capo alla Corte di giustizia.

Sotto questo aspetto non sono gli artt. 97, 117 o 119 Cost. a permettere, ad esempio, il primato del diritto dell'Unione europea rispetto a norme nazionali. Come già affermato, tali principi – ed i loro effetti – sono conseguenza della giurisprudenza della Corte di giustizia e, come tali, non possono essere limitati da norme nazionali sebbene di rango costituzionale.

In altri termini, anche se una legge costituzionale “sopprimesse” il riferimento all'Unione europea di cui agli artt. 97, 117 o 119 Cost., ciò non limiterebbe in alcun modo l'efficacia del principio del primato del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano.

5. *Le varie forme di sindacato sulla legittimità del diritto dell'Unione da parte delle Corti costituzionali (controlimiti, ultra vires, etc.) ed il loro frontale contrasto con il diritto dell'Unione*

Come noto le Corti costituzionali europee hanno individuato forme di sindacato del diritto dell'Unione funzionali a limitare, tra l'altro, il principio del primato nell'ipotesi in cui il diritto dell'Unione – ad avviso delle Corti – violi i principi fondamentali dei relativi ordinamenti giuridici. Tali forme di sindacato del diritto dell'Unione europea presentano differenti fondamenti teorici (*ultra vires* in Germania; “controlimiti” in Italia, etc.).

È importante sottolineare come queste forme di sindacato nascono in un momento – gli anni '70 - in cui i Trattati non prevedevano norme, quali l'art. 4, c. 2, TUE, a tutela dei principi fondamentali degli ordinamenti degli Stati membri (ad es. sentenza della Corte costituzionale del 18 dicembre 1973, n. 183/73, *Frontini*; *Bundesverfassungsgericht*, sentenza del 29 maggio 1974, *Solange I*).

Riguardo tali forme di sindacato (quale che sia il loro *nomen iuris*), queste sono in contrasto con il diritto dell'Unione in quanto violano la competenza esclusiva della Corte di giustizia dell'interpretazione vincolante del diritto dell'Unione per come riconosciuta dagli Stati membri nel Trattato (artt. 19 TUE e 267 TFUE; sentenza della Corte del 22 febbraio 2022, causa C-430/21, *RS*). Tale competenza della Corte di giustizia si con-

cretizza nel rinvio pregiudiziale d'interpretazione, “chiave di volta del sistema giurisdizionale” dell'Unione (parere della Corte 2/13, cit., punto 176). Questo in quanto esso è essenziale per garantire, tra l'altro, l'autonomia del diritto dell'Unione dal diritto degli Stati membri; autonomia a sua volta essenziale al fine di garantire che l'ordinamento dell'Unione sia organizzato secondo il principio di uguaglianza degli Stati davanti al Trattato (art. 4, c. 2, TUE).

6. *L'art. 4, c. 2, TUE quale forma di tutela dei principi fondamentali degli Stati membri. Il “dialogo tra Corti” quale presupposto dell'effettività di tale norma: il differente approccio della Corte costituzionale italiana, tedesca e polacca*

Gli Stati membri hanno però inserito nel Trattato di Lisbona (2007) il tema della tutela dei principi costituzionali fondanti i loro rispettivi ordinamenti. Infatti, l'art. 4, c. 2, TUE esclude, in buona sostanza, che il diritto dell'Unione possa violare tali principi degli Stati membri. Ciò significa che in tale ipotesi sarà lo stesso diritto dell'Unione ad essere in violazione dell'art. 4, c. 2, TUE.

D'altra parte, però, l'interpretazione di tale norma, in quanto diritto dell'Unione, è di competenza esclusiva della Corte di giustizia.

In questo senso tale forma di garanzia prevista a livello dell'Unione presuppone un “dialogo” in cui le Corti costituzionali cerchino, anche tramite il rinvio pregiudiziale, “interpretazioni convergenti” con quelle della Corte di giustizia.

Questo è stato positivamente dimostrato, ad esempio, nei rapporti – a tratti “tesi” – tra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia nella “saga Taricco” (da ultimo, sentenza della Corte costituzionale del 6 dicembre 2016, 15/2014). Come sostenuto dal Presidente Amato: “[i]l caso Taricco è stato un esempio illuminante delle potenzialità positive ai fini delle interpretazioni convergenti” (discorso di commiato dalla Corte costituzionale, 13 settembre 2022).

Al contrario tale forma di garanzia non ammette che le Corti costituzionali, dopo aver richiesto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, disattendano i principi di diritto lì sviluppati (questo è il caso della sentenza della Corte costituzionale tedesca sul caso *PSPP*, 2 BvR 859/15, 1651/15, 2006/15, 980/16); né tanto meno essa ammette l'intervento unilaterale delle Corti, come nel caso della sentenza della Corte costituzionale

polacca del 7 ottobre 2021 (K 3/21) (v. le note di G. DI FEDERICO e di L. F. PACE in questo *Blog*). Ed infatti quest'ultima non ha l'obiettivo di applicare l'art. 4, c. 2, TUE, bensì ha l'obiettivo unilaterale ed immediato di garantire la prevalenza del diritto polacco sul diritto dell'Unione (non è un caso che la sentenza polacca richiami come sua base teorica la sentenza della Corte costituzionale tedesca del caso PSPP). Bisogna ricordare che la mancata apertura di una procedura d'infrazione nei confronti della Polonia per tale sentenza è stata determinata, con ogni probabilità, dal tragico inizio della guerra in Ucraina nel marzo 2022.

7. *Anche l'Unione europea può "mordere": la reazione dell'Unione alla sentenza della Corte costituzionale tedesca nel caso PSPP (2020); gli "storici" impegni dello Stato tedesco per ottenere l'archiviazione della successiva procedura d'infrazione (2021)*

I Trattati disciplinano efficaci strumenti al fine di tutelare la legalità dell'ordinamento dell'Unione anche nel caso in cui le Corti costituzionali pervengano alla conclusione del primato del diritto nazionale rispetto a quello dell'Unione. Ne è dimostrazione la procedura d'infrazione aperta dalla Commissione europea in conseguenza della sentenza della Corte di costituzionale del 5 maggio 2020 (L. F. PACE, *Il BVerG e la sentenza sul programma PSPP: "C'è della logica in questa follia"?*, in *federalismi.it*, 2020, p. 1 ss.). Con essa la Corte costituzionale tedesca, tra le altre cose, ha sostenuto la non applicabilità nell'ordinamento costituzionale tedesco di parte della sentenza *Weiss* della Corte di giustizia (sentenza della Corte dell'11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss*). In tale sentenza sarebbe stato erroneamente motivato, tra l'altro, il *test* di proporzionalità relativo alla decisione PSPP della BCE.

A fronte di tale sentenza, il 9 giugno 2021 la Commissione ha iniziato una procedura d'infrazione nei confronti della Repubblica tedesca con l'invio della lettera di messa in mora. Il 3 agosto 2021 il Governo tedesco ha risposto formulando degli "storici" impegni per ottenere l'archiviazione della procedura.

Tali impegni sono stati così riassunti dalla Commissione il 2 dicembre 2021 nella comunicazione della Commissione sulle procedure di infrazione: "La Germania ha fornito degli impegni molto forti. In particolare, la Germania ha formalmente dichiarato di affermare e riconoscere i principi di autonomia, primato, effettività e applicazione uniforme del diritto

dell’Unione nonché i valori sanciti dall’articolo 2 TUE, compreso in particolare lo Stato di diritto. In secondo luogo, la Germania riconosce esplicitamente l’autorità della Corte di giustizia dell’Unione europea, le cui decisioni sono definitive e vincolanti. Ritiene inoltre che la legittimità degli atti delle istituzioni dell’Unione non può essere subordinata all’esame di ricorsi costituzionali dinanzi ai giudici tedeschi, ma può essere sottoposta al solo controllo della Corte di giustizia. In terzo luogo, il governo tedesco, facendo esplicito riferimento al suo dovere di leale cooperazione sancito dai Trattati, si impegna a utilizzare tutti i mezzi a sua disposizione per evitare, in futuro, il ripetersi di una constatazione *ultra vires*, e ad assumere un ruolo attivo al riguardo”.

L’importanza di tali impegni è di tutta evidenza. Con essi lo Stato tedesco ha di fatto “smentito” la costante giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca relativa al sindacato “*ultra vires*” (quella che un illustre costituzionalista tedesco, Josef Isensee, riassumeva criticamente con la frase: “[g]randi parole, piccole sentenze”, J. ISENSEE, *Große Worte, kleine Urteile*, in *Handelsblatt*, 13 giugno 2013, p. 10). Ed infatti con tali impegni il Governo tedesco riconosce il contrasto del sindacato *ultra vires* con il diritto dell’Unione europea. A fronte di questi tre “storici” impegni la Corte costituzionale tedesca (almeno in teoria...) non “potrebbe” più sindacare la legittimità del diritto dell’Unione. Questo in ossequio, tra l’altro, alla tutela del principio di autonomia del diritto dell’Unione ed alla vincolatività delle sentenze della Corte di giustizia.

Tali impegni presuppongono però importanti conseguenze in merito alla nomina di futuri giudici della Corte costituzionale tedesca. Infatti, affinché gli impegni del Governo tedesco all’Unione “raggiungano” la Corte costituzionale tedesca al fine di modificarne la giurisprudenza sul punto, questo presuppone un passaggio importante. Cioè nell’individuare i futuri giudici della Corte, la “ricerca” dovrà, tra l’altro, tenere presente che i relativi giuristi dovranno condividere i contenuti degli impegni formulati dello Stato tedesco all’Unione europea. Questo pena l’apertura di una nuova procedura d’infrazione all’occasione di una successiva sentenza della Corte costituzionale che violasse tali impegni.

## 8. Conclusioni

Le conclusioni del presente *post* sono le seguenti.

Il principio del primato del diritto dell’Unione europea, così come

quello dell'effetto diretto, sono principi generali di diritto dell'Unione individuati dalla Corte di giustizia. Essi costituiscono diritto primario sebbene non scritto. Come tali, anche in considerazione del principio di autonomia del diritto dell'Unione, essi non possono subire alcuna limitazione a livello degli Stati membri neanche tramite normativa di rango costituzionale. Sotto questo aspetto, nel caso della Costituzione italiana, la soppressione del riferimento all'Unione europea di cui agli artt. 97, 117 e 119 Cost. non impedirebbe l'esplicarsi in Italia degli effetti tipici né del principio del primato, né del principio dell'effetto diretto.

Né tale limitazione potrebbe avvenire tramite l'intervento delle Corti costituzionali a tutela dei principi fondamentali dei rispettivi ordinamenti. Ed infatti, sotto differente profilo, qualsiasi forma di sindacato operato dalle Corti costituzionali (controlimiti, *ultra vires*) finalizzato a ledere la competenza esclusiva della Corte di giustizia nell'interpretazione vincolante del diritto dell'Unione europea è illegittimo in violazione degli artt. 19 TUE e 267 TFUE.

D'altra parte, gli Stati membri, tramite il Trattato di Lisbona, hanno introdotto nel TUE uno strumento a garanzia dei principi fondamentali dei loro ordinamenti giuridici. Tale norma, quale norma di diritto dell'Unione, è quindi oggetto di interpretazione esclusiva e vincolante da parte la Corte di giustizia. La tutela dell'art. 4, c. 2, TUE presuppone, per la sua effettività, un dialogo tra Corte di giustizia e Corti costituzionali al fine di raggiungere "conclusioni condivise".

L'Unione europea quale organizzazione sovranazionale istituita da un Trattato – e quindi carente del potere di coercizione del proprio diritto sul modello statale – presenta però, come dimostrato dalla recente prassi, efficaci strumenti finalizzati a tutelare la legalità del proprio ordinamento. Ne è riprova la reazione dell'Unione europea alla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020 nel caso PSPP con cui è stata dichiarata, tra l'altro, la non vincolatività di una sentenza della Corte di giustizia nell'ordinamento tedesco. L'apertura di una procedura d'infrazione nei confronti della Germania causata da tale sentenza ha imposto al Governo tedesco di offrire degli "storici impegni" alla Commissione al fine della sua archiviazione. Con tali impegni il Governo tedesco ha riconosciuto, di fatto, il contrasto con il diritto dell'Unione europea del sindacato *ultra vires*; sindacato sviluppato dalla Corte costituzionale tedesca nella sua giurisprudenza degli ultimi cinquant'anni.

LE SOIXANTE-DIXIÈME ANNIVERSAIRE  
DE LA COUR DE JUSTICE À L'HEURE D'UN DIFFICILE  
TOURNANT DANS L'HISTOIRE EUROPÉENNE:  
QUAND L'ANCRAGE À SA JURISPRUDENCE  
PEUT DEVENIR ESSENTIEL

**Ezio Perillo\***

70 ans d'activité au sommet de la justice communautaire constituent une étape sans doute très importante.

Un parcours judiciaire enthousiasmant, constamment soutenu par les « Maitres des Traités », ainsi que par les autres institutions européennes, sans réserve de principe.

Certes : les crises de compréhension ne sont pas manquées, vis-à-vis notamment de certaines juridictions suprêmes nationales ; des crises parfois évitables mais finalement mutuellement balsamiques.

Un parcours qu'il convient dès lors de célébrer à sa juste valeur.

Ceci dit, le moment historique actuel est néanmoins grave.

Les valeurs sur lesquelles est fondée l'Union européenne, notamment celle de l'État de droit, sont trop souvent mises en cause, de part et d'autre. Et cela, au nom, parfois, d'une sorte de partielle souveraineté nationale posthume, fruit d'une conjoncture politique et juridictionnelle favorable, mais inconciliable avec l'esprit communautaire de solidarité, moteur essentiel d'une adhésion et d'une participation à la cause de l'Union qui doivent être constantes et concrètes dans le temps.

Il y a de surcroît une guerre. L'Union, seule puissance mondiale fondée en particulier sur la paix et le respect de la dignité humaine, entend à ses portes, depuis déjà trop de mois, le fracas angoissant des armes et les tourments inhumains provoqués par la guerre, un instrument de pouvoir que l'on croyait cependant définitivement banni de l'arsenal juridique de notre continent, en particulier de celui de l'Union.

À cet égard, il convient également de rappeler que les arrêts *Van Gend & Loos* et *Costa/Enel* ont été certainement à la base de ce nouveau patrimoine unitaire de droit. Par ailleurs, nonobstant leur âge, ils sont, encore aujourd'hui, d'une actualité surprenante.

\* Già giudice al Tribunale dell'Unione europea – 25 ottobre 2022.

La Cour de justice, toutefois, semble ne plus vouloir les citer dans sa jurisprudence récente, comme s'ils faisaient partie d'un ancien testament désormais tombé en désuétude, alors que, par les temps qui courent, ô combien serait-il indispensable de les mentionner dans chaque arrêt préjudiciel, notamment à l'égard de certaines Cours suprêmes. C'est en effet dans ces arrêts que l'on trouve l'ébauche de ce qui est actuellement l'État de droit propre à l'Union.

Ainsi, comment ne pas se rappeler, d'une part, que « *le droit communautaire, indépendant – donc autonome – de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique* ». Par conséquent, « *une limitation aux seules procédures [judiciaires directement actionnables devant la Cour de justice] contre une violation [...] par les États membres [de ces droits individuels] supprimerait toute **protection juridictionnelle directe** [...] de leurs ressortissants [qui doivent, partant, pouvoir agir de façon autonome devant un juge national]* ». (Arrêt *Van Gend & Loos*).

D'autre part, « *issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait, en raison de sa nature spécifique originale, se voir **judiciairement** opposer – même pas par une juridiction suprême – un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même* » (Arrêt *Costa/Enel*).

Certes : le nouvel article 19 TEU impose aux États membres de l'Union – et donc également à leurs juridictions suprêmes – de faire en sorte que cette « protection juridictionnelle directe », créée tout au début seulement par voie jurisprudentielle, soit à présent pleinement assurée, par primauté, dans tous les domaines couverts par le droit de l'Union.

Ceci étant, rappeler, à chaque occasion utile, l'esprit et les termes de ces arrêts ne devrait-il être considéré, par la Cour de justice, presque comme une consigne morale, voire de droit, à l'égard des actuels justiciables européens, de leurs avocats et de leurs juges nationaux ?

Des juges qui, très probablement, n'ont jamais lu, *in extenso*, la motivation de ces arrêts dont ils ont appris les principes essentiels uniquement par la synthèse, plus ou moins bonne, du manuel de droit de l'Union utilisé au cours de leurs études universitaires.

Les juridictions de l'Union, au juste. Faisons alors, à ce propos, un petit pas en arrière.

L'Europe de la justice d'il y a 70 ans pourrait être décrite, figurativement, comme « la Primavera » de Botticelli, symbolisée, dans ce cas, par la

floraison, au cours d'une petite dizaine d'années, d'un bouquet extraordinaire de nouvelles juridictions suprêmes.

La première de ces juridictions à fleurir, au lendemain de l'après-guerre, fut la Cour constitutionnelle allemande (1951), suivie par la Cour de justice du Traité CECA (1952), puis la Consulta italienne (1956) et enfin la Cour européenne des droits de l'homme (1959).

L'origine de ce « printemps juridictionnel » s'explique d'ailleurs par la volonté politique, d'un petit noyau de six États européens, de mettre fin à leurs rivalités souveraines et militaires d'antan pour les remplacer, une fois pour toutes, par la paix et la primauté de l'État de droit.

Dans cette perspective, ces États, ainsi que les autres États du Conseil de l'Europe, avaient également voulu instaurer entre eux – et il s'agissait à cet égard d'une nouveauté absolue dans le monde du droit constitutionnel de l'époque – un double contrôle juridictionnel sur le respect des droits fondamentaux de leurs citoyens, en premier lieu celui assuré par leurs magistratures internes, suivi ensuite, le cas échéant, par celui externe de la Cour de Strasbourg.

Les cadres juridiques applicables à ces juridictions étaient néanmoins différents.

Trois de ces Cours suprêmes étaient en effet régies par les principes et les règles d'un ordre juridique clair et précis, soit de droit national, la Constitution, soit de droit international, la Convention CEDH.

En revanche, les Traités de l'époque – et d'ailleurs ceux d'aujourd'hui encore – n'établissaient ni la mise en place d'un « ordre juridique communautaire » supranational, ni les règles fixant les nécessaires modes d'interaction de cet ordre avec les préexistants systèmes nationaux et, encore moins, ce qu'aurait-il pu être l'effet direct ou la primauté du droit issu de ces Traités.

Néanmoins, en se fondant sur « *l'esprit, l'économie et les termes* » de ces textes, la Cour de justice saura dessiner, à commencer précisément par les arrêts *Van Gend & Loos* et *Costa/Enel*, ce qui est devenue progressivement – avec le *nihil-obstat* implicite des États membres fondateurs et aussi des autres qui le confirmeront, au fur et à mesure, tout au long de ces 70 ans de chemin juridique en commun – une véritable « communauté de droit ». « A community based on the rule of law », selon l'heureuse version anglaise de l'arrêt *Les verts*.

Or, ce nouvel ordre juridique est désormais incorporé, sous l'égide d'une formule synthétique traditionnellement fort évocatrice, dans ce que j'appelle, à présent, le principe de « l'État de droit de l'Union européenne » (the rule of law of the European Union). Un principe qui correspond essentiellement à celui de l'acquis communautaire lequel, de par ses



origines, ne peut qu'être indépendant, et donc autonome, de l'État de droit propre à chaque État membre.

En effet, l'État de droit de l'Union réunit, d'une part, les principes qui appartiennent spécifiquement à cet ordre juridique, tels que ceux de l'effet direct, de la primauté, de l'autonomie, de l'interprétation conforme, de la coopération judiciaire, et d'autres encore.

D'autre part, le principe de l'acquis communautaire, inscrit expressément dans tous les récents traités d'adhésion à l'Union européenne, lie à ce titre également les juridictions suprêmes nationales, tenues au respect de ce principe – et donc aussi à celui analogue de l'État de droit de l'Union – par les lois de ratification relatives à ces traités.

Ainsi, rien qu'en raison de ces achèvements, la construction juridique érigée, dans le respect constant des Traités, par les arrêts de la Cour de justice, est et reste, dans l'histoire de l'Europe, un parcours de droit et de civilisation juridique non comparable à celui des autres Cours suprêmes nationales du même âge qui ont en effet eu, de leur part, l'avantage d'exercer leur magistrature sous la régie directe de leurs Constitutions respectives.

Or – et en citant à nouveau les mêmes mots de l'arrêt *Costa/Enel* qui sont d'ailleurs ceux repris, *verbatim*, aussi par la Déclaration n. 17 annexée au Traité de Lisbonne –, le principe de l'État de droit de l'Union, de par son caractère et son application uniformes, ne peut pas « *se voir **judiciairement** opposer* – même pas par une juridiction suprême – *un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même* ».

On dit souvent que, depuis sa mise en place, le Bundesverfassungsgericht est vite devenu, grâce à sa pleine indépendance des pouvoirs fédéraux ainsi qu'à sa vigilance assidue visant à assurer une protection juridictionnelle effective des droits fondamentaux, « la Cour des citoyens » de cet État lequel ne saurait désormais plus concevoir son ordre juridique sans les prérogatives et les contrôles de cette juridiction.

La Cour de justice, quant à elle, a dû agir en revanche – et agit encore – sans le guide confortable d'une Constitution européenne. Et pourtant, malgré l'absence d'une telle étoile polaire – une absence comblée, tout au moins en partie, par certaines dispositions de portée constitutionnelle du Traité de Lisbonne ainsi que par celles de la Charte des droits fondamentaux de l'Union –, cette Cour a su devenir, tout au long de ces 70 années et grâce également à la coopération croissante avec les juges des États membres, « la Cour de justice des citoyens européens ».

Buon compleanno, allora, carissima Corte!

LA NOZIONE DI FAMILIARE CONVIVENTE DI UN CITTADINO  
DELL'UNIONE EUROPEA: RIFLESSIONI A MARGINE DELLA  
SENTENZA C-22/21, *MINISTER FOR JUSTICE AND EQUALITY*  
(*RESSORTISSANT DE PAYS TIERS COUSIN*  
*D'UN CITOYEN DE L'UNION*)

**Alessandro Rosanò\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti e le conclusioni dell'Avvocato generale. –  
3. La sentenza della Corte di giustizia. – 4. Uniformità di vedute tra Corte di  
Lussemburgo e Corte di Strasburgo. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Con la sentenza del 15 settembre 2022 nella causa C-22/21 - *Minister for Justice and Equality (Ressortissant de pays tiers cousin d'un citoyen de l'Union)*, la Corte di giustizia ha avuto modo di fornire alcune indicazioni importanti per quel che riguarda il concetto di familiare convivente di un cittadino dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 3, par. 2, primo comma, lett. a), della direttiva 2004/38/CE.

Come noto, tale direttiva, nel disciplinare il diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari (non cittadini) di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, intende rafforzare quel diritto e facilitarne l'esercizio (si veda in questo senso, per esempio, la sentenza del 18 dicembre 2014, causa C-202/13, *McCarthy e a.*, punto 31; per un'introduzione alla direttiva, C. MORVIDUCCI, *La libera circolazione dei cittadini nell'Unione europea*, Torino, 2009 ed E. GUILD, S. PEERS, J. TOMKIN, *The EU Citizenship Directive. A Commentary*, Oxford, 2014).

L'art. 3, par. 1, della direttiva chiarisce che quest'ultima si applica a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari ai sensi dell'art. 2, n. 2), i quali accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo. Come tali vengono individuati il coniuge, il partner con il quale sia stata contratta un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Sta-

\* Ricercatore a tempo determinato di tipo A in Diritto dell'Unione europea, Università della Valle d'Aosta - Université de la Vallée d'Aoste – 10 dicembre 2022.

to membro qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari detta unione al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante, i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner, nonché gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner.

All'art. 3, par. 2, lett. a), è previsto che, senza pregiudizio del diritto personale di libera circolazione e di soggiorno dell'interessato, lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, agevola l'ingresso e il soggiorno di ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, se è a carico o convive, nello Stato di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente. Al riguardo, al considerando n. 6 del preambolo, viene affermato che, al fine di preservare l'unità della famiglia in un senso più ampio rispetto a quello risultante dall'art. 2, la situazione delle persone che non rientrano nella definizione di familiari dovrebbe essere esaminata dallo Stato membro ospitante sulla base della propria normativa nazionale, tenendo conto della loro relazione con il cittadino dell'Unione o di altre circostanze, quali la dipendenza finanziaria o fisica da tale cittadino.

In passato, la Corte di giustizia ha già avuto modo di intervenire sul punto, riconoscendo che l'art. 3, par. 2, impone agli Stati membri l'obbligo di concedere un certo vantaggio alle domande presentate dai cittadini di Stati terzi indicati da tale disposizione rispetto alle domande di ingresso e di soggiorno di altri cittadini di Stati terzi (si vedano le sentenze del 5 settembre 2012, causa C-83/11, *Rahman e a.*, punto 21, e del 12 luglio 2018, causa C-89/17, *Banger*, punto 31). In ragione di ciò, è evidente che l'art. 3, par. 2, non obbliga gli Stati membri ad accogliere tutte le domande d'ingresso o di soggiorno provenienti dai familiari di un cittadino dell'Unione non ricompresi nella definizione posta dall'art. 2, n. 2). Esso impone solo di adottare una disciplina che contenga criteri adeguati a permettere a tali soggetti di ottenere una decisione sulle loro richieste, la quale sia fondata su un esame approfondito della loro situazione personale, tenga conto dei diversi fattori pertinenti e, in caso di rifiuto, sia motivata (sentenza *Rahman e a.*, cit., punti 22 e 23; sentenza *Banger*, cit., punti 38 e 39). Gli Stati membri, comunque, dispongono di un ampio potere discrezionale nell'individuare i suddetti criteri, posto in ogni caso che "essi devono essere conformi al significato comune del termine "agevola" nonché dei termini relativi alla dipendenza" utilizzati all'art. 3, par. 2, che non devono privare la disposizione del suo effetto utile e che i richiedenti hanno il

diritto di far verificare da un giudice se la legislazione nazionale e la sua applicazione soddisfano le condizioni ora riassunte (sentenza *Rahman e a.*, cit., punto 26). In merito ai profili di dipendenza finanziaria, i giudici di Lussemburgo hanno altresì avuto modo di affermare che gli Stati membri possono prescrivere requisiti relativi alla natura o alla durata di essa, in particolar modo per assicurarsi che essa sia reale e stabile e non determinata al solo scopo di ottenere l'ingresso e il soggiorno (sentenza *Rahman e a.*, cit., punto 38).

Alla luce di quanto ora riferito, la Corte di giustizia ha riconosciuto che, per rientrare nella categoria dei familiari a carico di un cittadino dell'Unione, la situazione di dipendenza deve sussistere nello Stato di provenienza del familiare interessato, almeno nel momento in cui egli domanda di raggiungere il cittadino dell'Unione (sentenza *Rahman e a.*, cit., punto 40; per un commento a questa pronuncia, M. BENLOLO-CARABOT, *Quand le juge "oublie" la citoyenneté de l'Union: place à une marge d'appréciation étatique in(dé)finie*, in *Revue des affaires européennes*, 2012, p. 691 ss.) e che può essere individuato come un altro familiare ex art. 3, par. 2, lett. a), il minore che sia posto sotto il regime della *kafala* algerina, la quale non crea un legame di filiazione, ma comunque impone al tutore di occuparsi del mantenimento, dell'istruzione e della protezione del minore (sentenza del 26 marzo 2019 in causa C-129/18, *SM (Minore sottoposto a kafala algerina)*, punto 59; per un commento, C. PERARO, *L'istituto della Kafala quale presupposto per il ricongiungimento familiare con il cittadino Europeo: la sentenza della corte di giustizia nel caso S.M. c. Entry Clearance Officer*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 319 ss.).

La sentenza *Minister for Justice and Equality (Ressortissant de pays tiers cousin d'un citoyen de l'Union)* si collega alle pronunce ora citate, contraddistinguendosi per il fatto che, in essa, la Corte di giustizia ha tentato di individuare il significato del concetto di familiare convivente. Chiariti quindi il quadro fattuale e le conclusioni dell'Avvocato generale Pitruzzella (par. 2), si procederà a illustrare il ragionamento della Corte (par. 3). In seguito, si sottolineerà che la conclusione alla quale sono giunti i giudici di Lussemburgo è coerente con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo per quel che attiene ai casi in cui il rispetto della vita familiare ex art. 8 CEDU si ricollega a questioni risultanti da fenomeni migratori (par. 4). Nel paragrafo conclusivo si prenderà in considerazione una causa attualmente pendente dinanzi alla Corte di giustizia e si richiameranno alcuni ambiti di diritto dell'Unione nei quali la definizione fornita dalla Corte potrebbe essere validamente utilizzata (par. 5).

## 2. *I fatti e le conclusioni dell'Avvocato generale*

La causa in discussione trae origine dalle vicende di AA, un cittadino pachistano trasferitosi a Londra per motivi di studio. Durante il suo soggiorno nel Regno Unito, AA viveva con SRS, suo cugino, anch'egli originario del Pakistan ma che, nel 2013, aveva ottenuto la cittadinanza britannica, nonché con i genitori e i familiari di questi, in un'abitazione di proprietà del fratello di SRS, pagando un canone di locazione. SRS si trasferiva in Irlanda e AA, privo di visto, lo raggiungeva, chiedendo poi alle autorità irlandesi il rilascio di una carta di soggiorno quale familiare di un cittadino dell'Unione europea. Il Ministro della giustizia e delle pari opportunità respingeva tale richiesta, ritenendo che AA non avesse dimostrato di essere a carico di SRS o di essere un suo familiare convivente, visto tra l'altro che SRS e AA avevano coabitato nel Regno Unito dopo l'ottenimento da parte del primo della cittadinanza britannica e dell'Unione per meno di due anni e che la dipendenza finanziaria non era stata sufficientemente documentata. Questa decisione veniva in seguito confermata, tenendosi altresì conto del fatto che non era stato dimostrato che SRS fosse effettivamente il capofamiglia nel periodo in cui AA viveva con lui a Londra, come asseritamente imposto dall'art. 3, par. 2, primo comma, lett. a), della direttiva 2004/38/CE.

Da ciò derivava un contenzioso giudiziario che arrivava dinanzi alla Corte suprema irlandese. Quest'ultima decideva di sollevare due questioni pregiudiziali dirette a chiarire, sostanzialmente, la nozione di "ogni altro familiare (...) [che] convive (...) con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale". Propriamente, veniva chiesto alla Corte di giustizia di individuare se possibile una definizione che possa essere applicata universalmente o di stabilire i criteri che consentono di verificare se un familiare debba essere considerato come convivente del cittadino dell'Unione.

Nelle sue conclusioni, presentate il 10 marzo 2022, l'Avvocato generale Pitruzzella premette che il concetto non è individuato con precisione nella direttiva, perché i familiari *ex art. 3, par. 2*, sono una categoria residuale e, dato che gli obblighi posti dalla direttiva sugli Stati membri nei confronti di essi sono di minore intensità rispetto a quelli previsti in relazione ai membri della famiglia nucleare, la definizione di quella categoria di familiari non deve essere precisa come la seconda. Questo profilo non si configura come necessariamente come negativo, visto che permette di definire la nozione, cangiante sul piano sociologico e culturale, con una certa flessibilità (punto 20).

Successivamente, l'Avvocato generale rileva che le versioni inglese e francese della direttiva sembrano imporre l'appartenenza del cittadino dell'Unione europea e dell'altro familiare al medesimo nucleo, mentre la versione italiana richiama il requisito della mera convivenza. Posto questo e che la direttiva, in forza degli obiettivi da essa perseguiti, deve essere oggetto di un'interpretazione estensiva, l'Avvocato generale afferma che «esigere dall'altro familiare che appartenga al nucleo familiare del cittadino dell'Unione di cui quest'ultimo sarebbe anche il capofamiglia, equivale ad aggiungere una condizione supplementare, non prevista dalla direttiva» (punti 29, 33 e 34).

Nel prosieguo, l'Avvocato generale sostiene che dalla lettura della direttiva emergerebbe una nozione di nucleo familiare ampia, più simile a quella di focolare domestico, del quale fanno parte soggetti che contribuiscono alla vita familiare con modalità diverse e che sono legati da un sentimento di appartenenza e da un affetto particolare. Dunque, per rientrare nel nucleo familiare di un cittadino dell'Unione, l'altro familiare deve necessariamente avere un legame di parentela con il cittadino dell'Unione con cui vive e deve potersi ravvisare un legame affettivo tra i due, consolidatosi nel corso di una coabitazione di durata non trascurabile, organizzata per ragioni diverse dalla pura convenienza. L'intensità del legame affettivo deve implicare che, ove il familiare non dovesse più fare parte del nucleo, il cittadino dell'Unione ne sarebbe toccato sul piano personale (punti 38-40).

Spetterebbe alle competenti autorità nazionali valutare la stabilità del rapporto, soprattutto – ma non esclusivamente – in ragione della durata della vita in comune e dell'intensità del legame, attraverso un'analisi globale condotta caso per caso. Questa dovrebbe concentrarsi sulle circostanze specifiche di ciascun nucleo, senza però potere valorizzare le intenzioni del familiare interessato, visto che esse sono, per forza di cose, mutevoli (punti 41 e 42).

### 3. *La sentenza della Corte di giustizia*

Nella sentenza del 15 settembre 2022, la Corte di giustizia ricorda che l'art. 3, par. 2, primo comma, della direttiva rinvia alla normativa nazionale non per quanto attiene alla definizione delle persone menzionate nella disposizione in parola, ma per quel che riguarda le condizioni alle quali lo Stato membro ospitante deve agevolare il loro ingresso e soggiorno. Ne consegue che, al fine di garantire l'uniforme applicazione del diritto

dell'Unione e il principio di uguaglianza, la nozione di "ogni altro familiare convivente con un cittadino dell'Unione" deve costituire oggetto di un'interpretazione autonoma e uniforme, tenendo conto della lettera della previsione normativa, del contesto in cui si inserisce e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui è parte (punti 18 e 19).

Confermato che nulla nella direttiva permette di riconoscere che si debba ricorrere alla nozione di capofamiglia, perché verrebbe così imposta una condizione supplementare non prevista dalla direttiva medesima, la Corte ricorda che i termini usati nelle versioni spagnola, italiana e neerlandese della direttiva rinviano a una semplice convivenza, mentre quelli che risultano da altre versioni – per esempio, francese, inglese e tedesca – si ricollegano alla vita domestica e al complesso di attività e affari connessi alla comunione di vita familiare (punti 21 e 22). Il fatto allora che la direttiva imponga qualcosa di più rispetto a una semplice coabitazione per ragioni di convenienza si ricava dal contesto della disposizione, visto che le altre due ipotesi contemplate da essa si riferiscono a situazioni di dipendenza economica, se l'altro familiare è a carico; oppure fisica, se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione assista personalmente il familiare. Inoltre, l'obiettivo alla cui realizzazione mira l'art. 3, par. 2, primo comma, lett. a), evidenziato al considerando n. 6 del preambolo, consiste nel preservare l'unità della famiglia intesa in un senso più ampio rispetto a quello risultante dalle definizioni poste dall'art. 2 (punti 23 e 24).

Pertanto, l'altro familiare, per potere essere individuato come convivente, deve dimostrare la sussistenza di un legame personale stretto e stabile con il cittadino dell'Unione, che attesti una situazione di effettiva dipendenza tra essi e la condivisione di una comunione di vita domestica non determinata dal solo scopo di ottenere l'ingresso e il soggiorno in uno Stato membro. A tal fine, vanno presi in considerazione il grado di parentela, la prossimità familiare, la durata della comunione di vita domestica – tenendo conto non solo del periodo successivo all'acquisizione dello *status* da parte del cittadino, ma altresì di quello anteriore –, nonché la reciprocità e l'intensità del legame esistente. In particolar modo, il legame deve essere tale che, se all'altro familiare fosse impedito di convivere con il cittadino dell'Unione, almeno uno dei due ne sarebbe danneggiato, senza però che si possa arrivare a pretendere che esso sia così intenso che il cittadino dell'Unione rinuncerebbe a esercitare la propria libertà di circolazione ove l'altro familiare non potesse accompagnarlo o raggiungerlo: questo equivarrebbe infatti a equiparare l'altro familiare ai familiari individuati all'art. 2 della direttiva (punti 26-29).

Sulla base di tale ragionamento, la Corte giunge ad affermare che per “ogni altro familiare convivente con un cittadino dell’Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale” si intende la persona che intrattiene con il cittadino un rapporto di dipendenza, basato su legami personali stretti e stabili, creati all’interno di uno stesso nucleo familiare, nell’ambito di una comunione di vita domestica che va al di là di una mera coabitazione temporanea, determinata da motivi di pura convenienza (punto 31).

#### 4. *Uniformità di vedute tra Corte di Lussemburgo e Corte di Strasburgo*

È dunque evidente che, nella sentenza in esame, i giudici di Lussemburgo hanno dato un’interpretazione ampia del concetto di familiare convivente. Il dato si pone comunque in linea di continuità con la giurisprudenza pregressa della Corte, la quale ha riconosciuto che il diritto dell’Unione europea obbliga lo Stato membro, di cui il cittadino dell’Unione possiede la cittadinanza, ad agevolare il rilascio di un’autorizzazione al soggiorno per il partner di questi non registrato, che sia cittadino di uno Stato terzo e con il quale il cittadino dell’Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata (sentenza *Banger*) o, come già si diceva, che può essere individuato come altro familiare *ex art. 3, par. 2, lett. a*), il minore che sia posto sotto il regime della *kafala* algerina (sentenza *SM (Minore sottoposto a kafala algerina)*). Si capisce allora perché la pronuncia in commento sia stata etichettata come uno “step in the right direction toward protecting the family life of Union citizens” (M. VAN IERSEL, *Case C-22/21 Minister for Justice and Equality – Facilitating entry and residency for distant family members based on emotional dependence*, in *European Law Blog*, 29 September 2022).

Preme sottolineare che, nella sentenza *SM (Minore sottoposto a kafala algerina)*, i giudici di Lussemburgo non avevano mancato di richiamare l’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali, che tutela il rispetto della vita privata e familiare, così da interpretare alla luce di questo – nonché dell’art. 24 della Carta, concernente i diritti del bambino – l’art. 3, par. 2, della direttiva 2004/38/CE (punto 71).

Nella pronuncia in commento non è stato fatto altrettanto. All’atto pratico cambia poco, visto che comunque la Corte ha fornito un’interpretazione ampia del concetto di familiare convivente. È pur vero, però, che il riferimento all’art. 7 della Carta, corrispondente all’art. 8 CEDU, avrebbe permesso di rinviare alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, da cui risulta che il concetto di famiglia si sia fatto



sempre più sfumato rispetto al passato (per un'introduzione, H. STALFORD, *Concepts of Family under EU Law – Lessons from the ECHR*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2002, p. 410 ss. e A. SCHUSTER, *The European Court of Human Rights and the notion of family life. A common European standard for the EU framework*, in F. HAMILTON, G. NOTO LA DIEGA (eds.), *Same-Sex Relationships, Law and Social Change*, London, 2020, p. 118 ss.). Secondo la Corte di Strasburgo, infatti, la tutela del diritto al rispetto della vita familiare presuppone indubbiamente l'esistenza di una famiglia, che però può anche essere intesa come famiglia illegittima (sentenza del 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, punto 31) o di fatto (sentenza del 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, punto 117). In tale ipotesi, la coabitazione assume importanza quale fattore da valutare (sentenza del 1° settembre 2004, *L. c. Paesi Bassi*, punto 36), ancorché la Corte abbia sostenuto che ciò che rileva è la realtà concreta della relazione intercorrente tra i soggetti interessati, ossia un carattere di effettività risultante dal tempo trascorso insieme, dalla qualità della relazione; inoltre, per quel che concerne il rapporto con i figli, si tratta di considerare anche il ruolo assunto dagli adulti nei loro confronti (si vedano, per esempio, le sentenze del 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, punto 45 e del 16 dicembre 2014, *Chbibi Loudoudi e altri c. Belgio*, punto 78).

Relativamente alle situazioni in cui il rispetto della vita familiare si intreccia con questioni emergenti da fenomeni migratori, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che l'art. 8 CEDU non obbliga gli Stati contraenti a rispettare la scelta compiuta da un immigrato quanto allo Stato di residenza e ad autorizzare il ricongiungimento familiare. Inoltre, la Corte di Strasburgo ha evidenziato che la portata degli obblighi degli Stati contraenti circa l'ammissione dei parenti delle persone che risiedono nel loro territorio varia a seconda delle circostanze particolari dei soggetti coinvolti e dell'interesse generale. I fattori rilevanti in questi casi sono la misura in cui la vita familiare è effettivamente interrotta, l'entità dei legami nello Stato contraente, l'esistenza di ostacoli insormontabili che impediscono alla famiglia di vivere nello Stato d'origine e di aspetti connessi al controllo dell'immigrazione – per esempio, ripetute violazioni della legge sull'immigrazione – o ragioni di ordine pubblico. Ulteriormente, deve verificarsi se la vita familiare è stata creata in un momento in cui le persone coinvolte erano consapevoli che lo status di immigrato di uno di loro era tale da rendere precaria, fin dall'inizio, la permanenza di tale vita nello Stato ospitante (*ex multis*, sentenze del 26 aprile 2007, *Konstatinov v. Paesi Bassi*, punto 48 e del 4 dicembre 2012, *Butt c. Norvegia*, punto 78).

Sembra dunque che vi sia una sostanziale uniformità di vedute tra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo circa l'approccio da adottare in questi casi, visto che entrambe paiono porre l'accento sulla necessità per le competenti autorità statali di condurre una valutazione casistica alla luce della situazione concreta di ciascun nucleo familiare, non limitandola all'accertamento del requisito della mera convivenza.

## 5. Conclusioni

L'approccio estensivo all'interpretazione del concetto di familiare convivente nell'ambito della direttiva 2004/38/CE, offerto dalla Corte di giustizia nella sentenza qui commentata, è destinato, con grande probabilità, a trovare presto conferma. Infatti, è al momento pendente un rinvio pregiudiziale con il quale è stato richiesto dalla High Court irlandese ai giudici di Lussemburgo di chiarire la nozione di partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata *ex art. 3, par. 2, lett. b)*, della direttiva 2004/38/CE. Il caso concerne un cittadino croato residente in Irlanda il quale, prima, aveva contratto matrimonio con una donna brasiliana, permettendo così a quest'ultima di soggiornare in Irlanda, e poi, a seguito del fallimento del rapporto ma senza che si arrivasse a formalizzare il divorzio, aveva intrapreso una relazione con una cittadina colombiana. Quest'ultima, a sua volta, ha presentato domanda per la carta di soggiorno alle autorità irlandesi.

La Corte è quindi chiamata a stabilire se la direttiva vieti di concedere, allo stesso tempo, il diritto di soggiorno derivato al coniuge separato e al partner di fatto di un cittadino dell'Unione (si veda la domanda di pronuncia pregiudiziale in causa C-248/22, *The Minister for Justice and Equality*).

Inoltre, va notato che la nozione di familiare convivente emersa nella sentenza *Minister for Justice and Equality (Ressortissant de pays tiers cousin d'un citoyen de l'Union)* potrebbe essere validamente utilizzata per risolvere altre questioni ermeneutiche. Per esempio, rimanendo nell'ambito della direttiva 2004/38/CE, può richiamarsi l'art. 28, par. 1, della direttiva 2004/38/CE, il quale prevede che, prima di adottare un provvedimento di allontanamento dal territorio per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, lo Stato membro ospitante tiene conto di una serie di elementi, tra i quali la situazione familiare del soggetto interessato.

L'impostazione adottata dai giudici di Lussemburgo in merito alla nozione di familiare convivente potrebbe fornire altresì spunti importanti per

condurre l'analisi necessaria a verificare se sussista o meno un rapporto di dipendenza tra familiari. Al riguardo, si ricorda che, secondo giurisprudenza costante, il diritto di soggiorno, ai sensi dell'art. 20 TFUE, viene conferito al cittadino di uno Stato terzo, familiare di un cittadino dell'Unione, soltanto in situazioni molto particolari in cui, nonostante il diritto derivato relativo al diritto di soggiorno dei cittadini di Stati terzi non sia applicabile e il cittadino dell'Unione non si sia avvalso della libertà di circolazione, il rifiuto di riconoscimento di un siffatto diritto obbligherebbe il cittadino dell'Unione a lasciare il territorio dell'Unione, privandolo del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti conferiti dallo status che gli appartiene (si veda, *ex multis*, la sentenza del 10 maggio 2017, causa C-133/15, *Chavez-Vilchez e a.*, punto 63, nonché la giurisprudenza ivi citata). In questo caso, deve sussistere tra il cittadino di uno Stato terzo e il cittadino dell'Unione, suo familiare, un rapporto di dipendenza ed è alla luce dell'intensità di detto rapporto che si deve giudicare in merito al riconoscimento del diritto di soggiorno (sentenza *Chavez-Vilchez e a.*, punto 71). Ove i due siano maggiorenni, la Corte ha sostenuto che, normalmente, un adulto è in linea di principio in grado di condurre una vita indipendente dai propri familiari; pertanto, il riconoscimento del rapporto di dipendenza è possibile solo in casi eccezionali, in cui l'interessato non può in alcun modo essere separato dal familiare da cui dipende (per esempio, sentenze dell'8 maggio 2018, causa C-82/16, *K.A. e a. (Ricongiungimento familiare in Belgio)*, punto 65 e del 5 maggio 2022, cause riunite C-451/19 e C-532/19, *Subdelegación del Gobierno en Toledo (Séjour d'un membre de la famille - Ressources insuffisantes)*, punto 56).

Infine, la nozione potrebbe assumere rilievo con riferimento ad alcuni atti di diritto derivato relativi alla cooperazione giudiziaria in materia penale nei quali viene evocato il concetto di reinserimento sociale. Può pensarsi alla decisione quadro 2008/909/GAI, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni con le quali vengono inflitte pene detentive o misure privative della libertà personale (per un'introduzione, S. MONTALDO (ed.), *The Transfer of Prisoners in the European Union. Challenges and Prospects in the Implementation of Framework Decision 2008/909/JHA*, Torino, 2020 e A. ROSANÒ, *I trasferimenti interstatali di detenuti nel diritto dell'Unione europea*, Bari, 2022) e alla decisione quadro 2008/947/GAI sul riconoscimento delle sentenze e delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive (sulla quale, S. NEVEU, *Probation Measures and Alternative Sanctions in Europe: From the 1964 Convention to the 2008 Framework Decision*, in *New Journal*

*of European Criminal Law*, 2013, p. 134 ss.). Entrambe mirano a favorire il reinserimento sociale del soggetto condannato, disciplinando le procedure necessarie a permettere il trasferimento di questi in un altro Stato membro al fine della prosecuzione dell'esecuzione della pena inflitta. Nell'una e nell'altra decisione quadro si pone in rilievo l'esigenza di considerare i legami familiari – oltre che di altro tipo, per esempio linguistici e culturali – con lo Stato membro verso cui il soggetto verrà trasferito, così che il contesto a cui questi sarà esposto ne permetta la risocializzazione.

Può allora ritenersi che il ragionamento fatto dalla Corte di giustizia nella sentenza in commento relativamente alla sussistenza di un rapporto di dipendenza, basato su legami personali stretti e stabili, creati all'interno di uno stesso nucleo familiare, nell'ambito di una comunione di vita domestica che va al di là di una mera coabitazione temporanea, possa essere ripreso e valorizzato in questi ambiti.



NON PUÒ ESSERE RIMPATRIATO IL CITTADINO DI UNO STATO  
TERZO IL CUI SOGGIORNO IN UNO STATO MEMBRO  
È IRREGOLARE QUALORA CIÒ POSSA AGGRAVARE IL SUO  
STATO DI SALUTE PER L'INDISPONIBILITÀ DELLE TERAPIE  
ALLE QUALI HA ACCESSO NELLO STATO OSPITANTE

**Vincenzo Salvatore\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti all'origine della controversia. – 3. La disciplina applicabile al rimpatrio di cittadini di Stati terzi il cui soggiorno è irregolare. – 4. La tutela offerta dai principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, interpretati alla luce della giurisprudenza della Corte EDU. – 5. Il primato che deve essere accordato alla tutela del diritto alla salute. – 6. Considerazioni di sintesi.

1. *Introduzione*

Importante sentenza della Corte di giustizia, adita in sede di rinvio pregiudiziale, sul diritto ad accedere a trattamenti sanitari di cui godono anche i cittadini di uno Stato terzo che soggiornano irregolarmente nel territorio di uno Stato membro, qualora analoghi trattamenti non siano disponibili nello Stato terzo di origine o di destinazione.

Con sentenza pronunciata il 22 novembre 2022, nella causa C-69/21, i giudici di Lussemburgo in composizione allargata (grande sezione) hanno infatti affermato che le norme di diritto dell'Unione europea applicabili alla fattispecie dedotta in giudizio ostano all'adozione di una decisione di rimpatrio o di un provvedimento di allontanamento nei confronti di un cittadino di un Paese terzo, affetto da una grave malattia, il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare, allorché sussistano gravi e comprovati motivi per ritenere che, in caso di rimpatrio, l'interessato possa essere esposto, nel Paese terzo verso il quale verrebbe allontanato, al rischio reale di un aumento significativo, irrimediabile e rapido del suo dolore, a causa del divieto, in tale Paese, della sola terapia analgesica efficace.

\* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università dell'Insubria – 22 dicembre 2022.

## 2. *I fatti all'origine della controversia*

All'origine della controversia, la vicenda di un cittadino russo, destinatario di un provvedimento di espulsione emanato dal governo olandese, a seguito dell'accertamento del soggiorno irregolare nel territorio dello Stato.

Tale provvedimento veniva impugnato davanti al Rechtbank Den Haag (Tribunale dell'Aja), in quanto ritenuto lesivo delle tutele che devono essere accordate a tutti gli individui nel rispetto dei principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il cittadino russo, affetto da una grave patologia oncologica, faceva infatti valere che, qualora fosse stato allontanato dall'Olanda e rimpatriato in Russia, non avrebbe potuto beneficiare delle cure - e in particolare dell'uso della cannabis terapeutica, non autorizzato in Russia - alle quali aveva avuto accesso in Olanda per alleviare i dolori causati dalla malattia.

L'esecuzione del provvedimento di espulsione avrebbe conseguentemente determinato - questa la tesi prospettata dal ricorrente - una grave ed irreparabile lesione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, nonché l'esposizione al rischio della sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti, in palese violazione degli articoli 4, 7 e 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e dell'articolo 5 della 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.

L'impossibilità di accedere all'unico trattamento analgesico efficace, in caso di allontanamento dal Paese in cui egli aveva accesso alle cure non disponibili nel Paese di origine, gli avrebbe infatti precluso ogni possibilità di condurre una vita dignitosa se tale terapia fosse stata interrotta.

Il cittadino russo enfatizzava, in particolare, come, in caso di interruzione di tale terapia, il dolore sarebbe stato talmente forte che egli non sarebbe stato più in grado di dormire o mangiare, con conseguenze significative non solo per il suo stato fisico, ma anche per il suo stato mentale, provocandogli tendenze alla depressione e al suicidio.

## 3. *La disciplina applicabile al rimpatrio di cittadini di Stati terzi il cui soggiorno è irregolare*

Come efficacemente sintetizzato nelle conclusioni presentate dall'avvocato generale Priit Pikamäe il 9 giugno 2022, il giudice del rinvio

chiede, in sostanza, se la direttiva 2008/115, letta in combinato disposto con l'articolo 4 e con l'articolo 19, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, debba essere interpretata nel senso che essa non osta a che un cittadino di un Paese terzo, gravemente malato e il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro sia irregolare, formi oggetto di un provvedimento di allontanamento, nel caso in cui, a causa dell'indisponibilità sul piano legale, nel suo Paese d'origine, della sola terapia antalgica efficace, egli sia esposto ad un significativo aumento di dolore, senza alcuna modificazione degli altri sintomi della sua malattia, o, quanto meno, quando un siffatto significativo aumento di dolore si manifesterà entro un termine superiore a tre mesi dal suo ritorno nel Paese d'origine (par. 39).

Ora, la direttiva 2008/115/CE, dopo aver limitato il proprio ambito di applicazione ai cittadini di Paesi terzi, il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare (art. 2), all'articolo 5 precisa che, nell'applicazione della direttiva, gli Stati membri devono tenere nella debita considerazione, *inter alia*, "le condizioni di salute del cittadino di un paese terzo interessato", nonché rispettare il principio di *non refoulement*. La direttiva precisa poi che gli Stati membri possono rinviare l'allontanamento per un congruo periodo, tenendo conto delle circostanze specifiche di ciascun caso e, in particolare, delle condizioni fisiche o mentali del cittadino di un Paese terzo (art. 9, n. 2, lett. a). Sempre la direttiva, fra le garanzie che devono essere prestate in caso di differimento dell'allontanamento, prevede che gli Stati membri provvedano ad assicurare le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie (art. 14, n. 1, lett. b).

4. *La tutela offerta dai principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, interpretati alla luce della giurisprudenza della Corte EDU*

L'ulteriore profilo sollevato nel contesto dei quesiti formulati dal giudice di rinvio attiene all'interpretazione dell'articolo 19, paragrafo 2, della Carta, in combinato disposto con gli articoli 1 e 4 di quest'ultima, al fine di determinare se ragioni mediche possano ostare all'allontanamento di un cittadino di un Paese terzo, qualora i sintomi della sua malattia non possano aggravarsi, ma l'intensità del dolore sia destinata ad aumentare notevolmente, in caso di rimpatrio, in quanto la terapia medica idonea non è disponibile nel suo Paese di origine.



In altri termini viene chiesto alla Corte di valutare se l'aumento del dolore che potrebbe derivare ad un soggetto malato dalla indisponibilità di terapie mediche adeguate possa considerarsi equivalente ad un trattamento inumano e degradante (art. 4), preclusivo in tal caso dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione (art. 19), e possa ritenersi ulteriormente lesivo della dignità umana (art. 1).

Come rilevato dall'avvocato generale, la risposta a tale quesito, in assenza di precedenti da parte della Corte di Lussemburgo, impone l'analisi delle numerose sentenze che hanno visto in più occasioni intervenire la Corte di Strasburgo, chiamata a pronunciarsi sui corrispondenti principi sanciti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) - e, in particolare, sull'art. 3 - per determinare se l'espulsione di una persona gravemente malata possa essere qualificata come trattamento inumano e degradante.

Come è noto, l'art. 3 della CEDU, rubricato "Proibizione della tortura", dispone che nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti.

Al riguardo, particolare rilievo assume la sentenza pronunciata il 13 dicembre 2016 dalla Grande Chambre della Corte europea dei diritti dell'uomo (ric. n. 41738/10), nel contesto della quale i giudici di Strasburgo hanno precisato l'ambito di applicazione dell'art. 3 (oltre che degli articoli 2 e 8) della CEDU, in relazione ad una fattispecie relativa ad un ordine di rimpatrio emesso dal Belgio nei confronti del signor Paposhvili, cittadino della Georgia residente in Belgio, gravemente malato, ancorché non fosse in immediato pericolo di vita.

Mentre si trovava detenuto in un carcere belga e prima che venisse emesso il provvedimento di rimpatrio, al signor Paposhvili era stata infatti diagnosticata una grave forma di leucemia. A seguito del deterioramento del suo stato di salute era stato successivamente sottoposto in Belgio ad una serie di trattamenti terapeutici altamente specializzati.

La Corte, dopo aver sottolineato come la decisione avente ad oggetto l'espulsione di soggetti illegalmente residenti sul proprio territorio rientri nella competenza degli Stati, rileva come tale competenza debba essere esercitata nel rispetto degli accordi internazionali di cui gli Stati sono parti contraenti, tra cui la CEDU.

La Grande camera conclude quindi nel senso che, qualora il ricorrente fosse stato espulso senza la valutazione, da parte delle autorità belghe, del rischio che dall'esecuzione del provvedimento di espulsione sarebbe derivato per il suo stato di salute, vi sarebbe stata una violazione dell'articolo 3

della CEDU (oltre che dell'articolo 8, per l'impatto che l'esecuzione del provvedimento di espulsione avrebbe avuto sulle sue relazioni familiari).

La Corte EDU precisa, tuttavia, che il deterioramento delle condizioni di salute sia rilevante qualora possa considerarsi non solo grave ed irreversibile ma anche rapido.

Per contro, la Corte di giustizia dell'Unione europea aveva già in passato suggerito un'interpretazione orientata che accordasse una tutela più ampia del diritto alla salute, prevedendo che la valutazione delle condizioni dell'individuo malato non impongono né che il degrado dello stato di salute dell'interessato provochi "intense sofferenze" o una "significativa riduzione della speranza di vita", né che tale degrado sia altresì "rapido" (sentenza della Corte del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C.K. e a.*).

##### 5. *Il primato che deve essere accordato alla tutela del diritto alla salute*

La Corte di giustizia dell'Unione europea, nella pronuncia in esame, dopo aver richiamato la giurisprudenza della Corte EDU ed aver altresì ribadito che la direttiva 2008/115/CE, letta alla luce degli articoli 4 e 19 della CEDU, preclude la possibilità di dare esecuzione ad un provvedimento di rimpatrio quando questo esponga il soggetto a trattamenti inumani e degradanti, osta all'adozione di una decisione di rimpatrio o di un provvedimento di allontanamento nei confronti di un cittadino di un Paese terzo affetto da una grave malattia, il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro sia irregolare, allorché sussistano gravi e comprovati motivi per ritenere che, in caso di rimpatrio, l'interessato possa essere esposto, nel Paese terzo verso il quale verrebbe allontanato, al rischio reale di un aumento significativo, irrimediabile e rapido del suo dolore, a causa del divieto, in tale Paese, della sola terapia analgesica efficace.

Peraltro, precisa la Corte di giustizia, è precluso allo Stato membro che adotta il provvedimento di rimpatrio stabilire un termine fisso entro il quale l'aumento del dolore - o, più in generale, il deteriorarsi delle condizioni di salute - debba concretizzarsi per poter essere di ostacolo alla decisione di rimpatrio, dovendo le condizioni di salute dell'individuo essere valutate caso per caso, alla luce delle circostanze che, ammonisce ancora la Corte, non possono ridursi a considerare se l'individuo sia o meno in grado di viaggiare.

Tuttavia, conclude la Corte, ciò non implica l'obbligo in campo allo Stato membro a rilasciare un permesso di soggiorno al cittadino di uno Sta-

to terzo irregolarmente presente sul suo territorio né di sospendere l'esecuzione del provvedimento di allontanamento dal territorio dello Stato, qualora la malattia del soggetto interessato non raggiunga la soglia di gravità richiesta dall'art. 4 della Carta.

#### 6. *Considerazioni di sintesi*

Viene così riconosciuto il diritto di soggiorno per cure mediche a tutti i cittadini di Stati terzi, purché affetti da gravi malattie ed indipendentemente dalla circostanza che la loro presenza nel territorio dello Stato membro sia regolare o meno, qualora l'adozione (e l'esecuzione) di un provvedimento di espulsione e rimpatrio li privi di un efficace trattamento sanitario nel paese di origine o di destinazione ovvero li esponga a rischi di un grave deterioramento dello stato di salute.

La pronuncia della Corte rappresenta un ulteriore e significativo intervento interpretativo nell'affermazione del principio che, qualora si tratti di contemperare i diversi interessi pubblici coinvolti, la prevalenza debba essere in ogni caso accordata alla tutela del diritto alla salute.

Si affermano, anche in questo caso (per un'analisi della evoluzione giurisprudenziale sul tema e per ulteriori riferimenti bibliografici, mi si consenta di rinviare da ultimo a V. SALVATORE, *Il diritto alla salute, una prospettiva di diritto comparato. Unione europea*, Bruxelles, 2021), la portata espansiva della tutela della salute e la forza di resistenza – una peculiare *force de frappe* – che il diritto alla salute presenta tutte le volte in cui occorre assicurarne l'effettività della tutela rispetto ad altri diritti che vengano in considerazione.

LEGGE PREVIDENZIALE APPLICABILE  
AL PERSONALE NAVIGANTE DELLE COMPAGNIE AEREE:  
NUOVI SPUNTI DALLA GIURISPRUDENZA  
DELL'UNIONE (CAUSA C-33/21)

**Andrea Trimarchi\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La vicenda. – 3. La sentenza della Corte e alcune valutazioni critiche. – 4. Il concetto di “base di servizio”. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Con sentenza del 19 maggio 2022 (*INAIL e INPS c. Ryanair*, causa C-33/21), la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato che i lavoratori che non dispongono di certificati E101 devono essere assoggettati alla legislazione previdenziale del Paese dove effettivamente conducono la loro attività lavorativa. Nella causa in questione, che ha visto coinvolti l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS), l'Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro (INAIL) e Ryanair, la Corte ha individuato i criteri per la determinazione della legge applicabile, in materia previdenziale, al personale navigante di una compagnia aerea che svolge parte della sua attività in uno Stato membro dell'Unione, diverso dallo Stato in cui l'aerolinea ha la propria sede principale ed in cui la stessa compagnia dispone di una succursale o di una rappresentanza permanente. Con la pronuncia in esame, viene delineato un importante principio giuslavoristico applicabile ai lavoratori mobili o distaccati.

2. *La vicenda*

La controversia ha origine in seguito ad un'ispezione dell'INPS, il quale ha ritenuto che 219 dipendenti del vettore aereo irlandese Ryanair, assegnati presso la base operativa situata all'aeroporto di Orio al Serio, Bergamo, esercitassero un'attività di lavoro dipendente sul territorio italiano e

\* Dottore di Ricerca, Università di Colonia; Lecturer presso Università di Verona - 7 novembre 2022.

che – in applicazione della legislazione italiana e del regolamento (CEE) n. 1408/71 in materia di regime di sicurezza sociale applicabile *ratione temporis* ai lavoratori subordinati che si spostano all'interno dell'Unione – dovessero essere assicurati presso l'INPS per tutto il periodo in cui le attività si erano protratte (giugno 2006-febbraio 2010). L'INPS richiedeva, pertanto, il pagamento dei rispettivi contributi previdenziali. Alla stessa maniera e sulla base di analoghe risultanze, anche l'INAIL ha richiesto a Ryanair il pagamento dei premi assicurativi relativi a tali periodi, con espresso riferimento ai rischi connessi al lavoro “non-aereo” svolto, secondo lo stesso Istituto, presso la base operativa di Orio al Serio.

Il Tribunale di Bergamo (sent. n. 237/2016) e la Corte d'appello di Brescia (sent. n. 357/2017, in *DeJure*) hanno, in prima battuta, respinto le richieste dei due Istituti poiché infondate, ritenendo che i dipendenti del vettore aereo fossero soggetti alla legislazione irlandese. L'applicabilità della normativa irlandese è stata confermata dalla Corte d'appello limitatamente a quei dipendenti per cui il vettore aveva prodotto dei chiari ed univoci certificati E101 (ora “Formulario Comunitario A 1”, o anche, come denominato dall'INPS, “Documento portatile A 1”), necessari a garantire il rispetto dei regimi di sicurezza sociale come stabilito dal regolamento (CE) n. 883/2004, che ha abrogato e sostituito il precedente regolamento n. 1408/71. Sul punto, inoltre, la Corte d'appello ha rilevato che i dipendenti fossero soggetti alla legislazione previdenziale irlandese anche in virtù del fatto che tali dipendenti erano assunti in forza di un contratto di lavoro di diritto irlandese, ricevevano istruzioni provenienti dall'Irlanda e, fatta eccezione per un periodo di 45 minuti al giorno, periodo in cui i dipendenti si fermavano presso un locale all'uopo adibito presso l'aeroporto di Orio al Serio, si trovavano per lo più a bordo di aeromobili immatricolati in Irlanda. Alla luce di tali osservazioni, la Corte d'appello di Brescia ha ritenuto che il vettore irlandese non disponesse, sul territorio italiano, di una succursale o di una rappresentanza permanente e ne ha dedotto, in virtù della normativa in vigore, che la legislazione italiana non fosse applicabile nel caso di specie.

La Corte suprema di cassazione, nel ricevere regolare ricorso da INPS ed INAIL, ha osservato che i certificati E101 prodotti dalla Ryanair non coprivano in realtà la totalità dei 219 dipendenti in questione (Cass. civ., ord. 21 dicembre 2020, n. 29236, in *DeJure*). Alla luce di tali motivazioni la Corte ha deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla CGUE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, di sciogliere il nodo riguardante i confini della nozione di “persona occupata prevalentemente nel territorio dello Stato

membro nel quale risiede”, contenuta nell’articolo 14, paragrafo 2, lettera a), ii. In particolare, alla Corte europea è stato richiesto se tale nozione possa interpretarsi analogamente a quella elaborata dalla giurisprudenza comunitaria con riferimento al “luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività” (*habitual place of work*) (causa C-33/21, cit., punto 40).

### 3. *La sentenza della Corte e alcune valutazioni critiche*

La sentenza della Corte richiama espressamente la formulazione e lo scopo dell’art. 14, par. 2, lett. a), i) del reg. (CEE) n. 1408/71, secondo cui le persone che fanno parte del personale navigante di una compagnia aerea che effettua voli internazionali e che dipendono da una succursale o da una rappresentanza permanente della compagnia in questione nel territorio di uno Stato membro, diverso da quello nel quale la stessa ha la propria sede, sono soggette alla legislazione dello Stato membro nel cui territorio tale succursale o detta rappresentanza permanente si trova. Come è noto, infatti, l’art. 49 TFUE distingue tra stabilimento primario (in relazione alla sede principale) e secondario (in relazione all’apertura di agenzie, succursali e filiali; sulla nozione di diritto di stabilimento, si vedano le storiche pronunce della Corte del 12 luglio 1984, causa C-107/83, *Klopp*, punto 19; del 15 febbraio 1996, causa C-53/95, *Inasti*, punto 10, nonché la definizione di cui all’art. 4, n. 5 della direttiva 2006/123/CE). La finalità della disposizione sembrerebbe ravvisarsi, quanto all’individuazione della legge di sicurezza sociale applicabile, nella necessità di far prevalere, sul criterio di collegamento riferito al luogo ove il datore di lavoro ha la propria sede, quello del luogo ove effettivamente si realizzano gli aspetti essenziali della prestazione lavorativa, soluzione che meglio garantisce l’effettivo controllo da parte degli enti preposti sul rispetto delle misure di sicurezza sociale, la loro piena operatività e la migliore fruizione delle prestazioni sociali da parte degli interessati. La disposizione in esame costituisce una deroga al principio previsto dall’articolo 14, punto 2, lettera a), del regolamento n. 1408/71, secondo il quale la persona che fa parte del personale viaggiante o navigante di un’impresa che effettua, per conto terzi o per conto proprio, trasporti internazionali di passeggeri o di merci per ferrovia, su strada, per via aerea o per vie navigabili e che ha la propria sede nel territorio di uno Stato membro è soggetta alla legislazione di quest’ultimo Stato. Infatti, è solo se la legislazione previdenziale pertinente non può essere de-

terminata in forza dell'articolo 14, punto 2, lettera a), i), di detto regolamento che occorre applicare l'articolo 14, punto 2, lettera a), ii), del medesimo regolamento.

Confermando, pertanto, l'approccio interpretativo già adottato in precedenza (sentenza del 2 aprile 2020, cause riunite C-370/17 e C-37/18, *Vueling*, punto 57), il giudice dell'Unione identifica la *ratio* di detta disposizione nella necessità che vengano soddisfatte due condizioni cumulative. Da un lato, la compagnia aerea interessata deve disporre di una succursale o di una rappresentanza permanente in uno Stato membro diverso da quello in cui la stessa compagnia ha la propria sede (*principal place of business*). Dall'altro, la persona coinvolta – *i.e.* il lavoratore/la lavoratrice – deve essere alle dipendenze di tale entità. Al riguardo, è opportuno richiamare la nozione autonoma ed uniforme di rapporto di lavoro elaborata dalla giurisprudenza della Corte (cfr. sentenza del 3 luglio 1986, causa C-66/85, *Lawrie Blum*, punto 17); tale fattispecie è integrata in presenza di tre elementi, i) svolgimento di una prestazione; ii) vincolo di subordinazione; iii) percezione di un salario (v. sentenza del 17 novembre 2016, causa C-216/15, *Betriebsrat der Rubrlandklinik*). Peraltro, si ricorda che la normativa UE in materia di lavoro si applica anche a prestazioni svolte fuori dal territorio dell'Unione, qualora il rapporto conservi un collegamento sufficientemente stretto con il diritto di uno Stato membro (sentenza del 28 febbraio 2013, causa C-544/11, *Petersen*, punto 41).

Nel caso di specie, con riferimento alla prima condizione, la CGUE ha rilevato che le nozioni di succursale e di rappresentanza permanente, non già definite a livello normativo, devono essere considerate, per *analogia iuris*, forme di stabilimento secondario che presentino carattere di stabilità e continuità “al fine di esercitare un'attività economica effettiva e che dispongano, a tal fine, di mezzi materiali e umani organizzati nonché di una certa autonomia rispetto allo stabilimento principale” (*Vueling*, cit., punto 57). La Corte osserva che il locale adibito al personale navigante situato presso l'aeroporto di Orio al Serio costituisce una succursale o una rappresentanza permanente, ai sensi del già citato art. 14, par. 2, lett. a), i), del reg. (CEE) n. 1408/71, in cui i lavoratori in questione erano occupati durante i periodi considerati, di modo che, per la gran parte di tali periodi in cui il regolamento era in vigore, i lavoratori di cui trattasi erano soggetti, conformemente a tale disposizione, alla legislazione previdenziale italiana. Sul punto, si ricorda infatti che sia il reg. (CEE) n. 1408/71 che il successivo reg. (CE) n. 883/2004 non si propongono di armonizzare i sistemi di previdenza sociale nazionali ma solo di assicurarne il coordinamento: per-

tanto, l'importo delle prestazioni e i relativi criteri di attribuzione restano soggetti alla disciplina degli Stati membri (cfr. artt. 153 e 156 TFUE, nonché sentenza del 16 luglio 2009, causa C-208/07, *von Chamier-Glisczinski*, punto 63 ss.).

Quest'aspetto dovrà essere verificato dal giudice del rinvio, al quale spetterà di accertare se, durante i periodi di cui trattasi, i lavoratori interessati abbiano o meno svolto una parte sostanziale della loro attività nello Stato membro in cui risiedono, vale a dire in Italia. In caso affermativo, questi, conformemente al regolamento n. 883/2004, quale modificato nel 2009, dovranno essere considerati soggetti, a partire dal 1° maggio 2010, data di entrata in vigore di detto regolamento, alla legislazione previdenziale italiana. In caso contrario, sarà necessario applicare l'articolo 13, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 883/2004, il quale prevede che, se la persona che esercita un'attività subordinata in due o più Stati membri, non esercita una parte sostanziale delle sue attività nello Stato membro di residenza, questa è soggetta alla legislazione dello Stato membro nel quale l'impresa o il datore di lavoro da cui dipende ha la propria sede legale o la propria sede di attività. Secondo tale impostazione, pertanto, a decorrere dal 1° maggio 2010, i lavoratori in questione sarebbero, in linea di principio, soggetti alla legislazione previdenziale irlandese.

Quanto alla seconda condizione, la sentenza evidenzia che il rapporto di lavoro del personale navigante di una compagnia aerea presenta un collegamento determinante con il luogo a partire dal quale tale personale adempie principalmente ai suoi doveri nei confronti del datore di lavoro. Questo luogo corrisponde a quello a partire dal quale detto personale svolge le sue missioni di trasporto, dove ritorna dopo le sue missioni, riceve le istruzioni operative e/o sulle missioni e organizza il suo lavoro, nonché quello in cui si trovano gli strumenti di lavoro. Tale luogo può coincidere con quello della *home base* (causa C-33/21, cit., punto 56). In questo senso, la CGUE ha ritenuto che il locale adibito al personale navigante situato presso l'aeroporto di Orio al Serio sia qualificabile come una succursale o rappresentanza permanente dal momento che tale luogo coincideva con quel luogo in cui il personale adempie la parte essenziale della sua attività di lavoro subordinato (causa C-33/21, cit., punto 56). La Corte si è quindi basata sulla consolidata giurisprudenza dell'Unione (sentenza del 14 settembre 2017, cause riunite C-168/16 e C-169/16, *Nogueira e a.*, punto 60 ss. e *Vueling*, cit., punti 56 e 57) per individuare il luogo a partire dal quale il personale di volo adempie la parte essenziale dei suoi obblighi nei confronti del suo datore di lavoro. Essa ha stabilito che a tal fine occorre fare



ricorso a un insieme di indizi che tengano conto di tutti gli elementi che caratterizzano l'attività del lavoratore e che consentano, in particolare, di stabilire in quale Stato membro si trovi il luogo a partire dal quale il lavoratore effettua le sue missioni di trasporto, quello in cui egli ritorna dopo le sue missioni, riceve le istruzioni sulle sue missioni e organizza il suo lavoro, nonché il luogo in cui si trovano gli strumenti di lavoro.

Infatti, il locale in questione, oltre ad essere destinato ad accogliere l'equipaggio, alla gestione e organizzazione dei turni e del personale, era anche utilizzato dal personale della Ryanair per le attività precedenti e successive ai voli (*check in* e *check out*), nonché per le comunicazioni con il personale di base a Dublino. Ancor più determinante, osserva la Corte, è il fatto che tale locale rappresentava il luogo di lavoro obbligatorio per il personale temporaneamente inabile al volo, tanto che il vettore richiedeva allo stesso personale di risiedere entro un'ora di distanza da detto locale.

#### 4. *Il concetto di "base di servizio"*

La Corte ha sciolto i rimanenti dubbi, sancendo espressamente che la normativa previdenziale applicabile al personale di volo di una compagnia aerea, stabilita in uno Stato membro, che non è coperto da certificato E101 e che lavora per un periodo di 45 minuti al giorno in un locale destinato ad accogliere l'equipaggio, denominato *crew room*, di cui tale compagnia aerea dispone nel territorio di un altro Stato membro nel quale detto personale di volo risiede, e che, per il tempo lavorativo restante, si trova a bordo degli aeromobili di detta compagnia aerea, è la legislazione di quest'ultimo Stato membro. Nello specifico, la Corte precisa che, per determinare se una parte sostanziale delle attività sia svolta in uno Stato membro, si tiene conto, nel caso di un'attività subordinata, dell'orario di lavoro e/o della retribuzione e che ciò non si verifica se tali criteri sono soddisfatti in misura inferiore al 25%.

La Corte ha valorizzato il concetto di "base di servizio" (*home base*) per gli equipaggi di cabina (*cabin crew*). Questo concetto è stato introdotto per mezzo dell'Allegato III del regolamento (CEE) n. 3922/91, sviluppato sotto gli auspici dell'Agenzia europea per la sicurezza aerea (*European Union Aviation Safety Agency*, EASA) e concernente l'armonizzazione di requisiti tecnici e di procedure amministrative nel settore dell'aviazione civile. Con tale nozione ci si riferisce al luogo designato dall'operatore per ogni membro d'equipaggio, dal quale il membro stesso solitamente inizia e

conclude un periodo di servizio o una serie di periodi di servizio e nel quale, in condizioni normali, l'operatore non è responsabile della fornitura dell'alloggio al membro d'equipaggio interessato.

Questa nozione è fondamentale per la determinazione della normativa applicabile in materia di contratti individuali di lavoro (*Nogueira*, cit., punto 18).

Infatti, la Corte di giustizia ha elaborato una presunzione relativa secondo cui la base presso cui un lavoratore è assegnato (*home base*) coincide generalmente con il luogo di lavoro abituale del lavoratore stesso (*habitual place of work*) nel caso di personale aereo navigante (A. TRIMARCHI, *International Aviation Labour Law*, Abingdon, 2022, p. 137 ss.). Appare opportuno rilevare come la Corte abbia confermato il proprio orientamento generale, per cui il luogo in cui un lavoratore svolge abitualmente le proprie attività coincide con il luogo ove lo stesso ha stabilito il centro effettivo delle proprie attività professionali e che per determinare concretamente tale luogo occorre prendere in considerazione dove il lavoratore trascorre la maggior parte del proprio tempo lavorativo (sentenza del 27 febbraio 2002, *Weber*, causa C-37/00, punto 44).

Tale impostazione è stata ribadita a più riprese e costituisce l'orientamento consolidato del giudice dell'Unione in materia (si veda, ad esempio, sentenze del 15 marzo 2011, causa C-29/10, *Koelzsch* e del 12 settembre 2013, causa C-64/12, *Schlecker*).

Il concetto di *habitual place of work* costituisce una nozione unica nel panorama normativo-giurisprudenziale dell'Unione, se anche letto alla luce dell'art. 21 del regolamento (CE) n. 44/2001 (*Brussels I Regulation*), ed in virtù di quanto stabilito dal successivo regolamento (UE) n. 1215/2012 in materia di competenza giurisdizionale e riconoscimento ed esecuzione delle pronunce civili e commerciali (anche noto come *Brussels I-bis Regulation*) e non può essere assimilato a nessun'altra categoria (M. POSEN, *Habitual Workplace: ECJ Grounds Ryanair Over Aicrew's Contracts*, in *European Review of Private Law*, 2018, p. 144).

## 5. Conclusioni

Con la sentenza in esame, la giurisprudenza dell'Unione ha tirato le fila di un'annosa questione che, negli ultimi anni, ha acquisito crescente rilevanza: quale normativa si applichi ai lavoratori delle compagnie aeree che svolgono la loro attività dipendente in Stati diversi da quelli dove la società

datrice di lavoro ha la propria sede. Confermando l'orientamento consolidato già nelle precedenti sentenze, la Corte di Lussemburgo ha reiterato la centralità e la necessità di un *genuine link* tra il Paese in cui il lavoratore svolge la sua attività principale e la normativa giuslavoristica di tale Stato membro. Prendendo spunto, infatti, dall'orientamento prevalente, e facendo leva sulle nozioni di *home base* e *habitual place of work*, già delineate a livello UE, la Corte è andata oltre individuando i criteri per la determinazione della legge previdenziale applicabile al personale navigante di un vettore aereo, per cui lo stesso vettore non è in grado di produrre regolari certificati E101. La decisione in analisi è destinata a determinare un parametro di riferimento nel contesto relativo all'applicabilità della normativa giuslavoristica a lavoratori come i *cabin crew*, che svolgono gran parte delle loro attività in più Paesi, inserendosi in un contesto già fortemente frastagliato e caratterizzato dalla crescente tendenza dei vettori aerei a favorire l'applicazione di discipline nazionali di maggior favore, non soltanto in ambito giuslavoristico (cosiddetto *forum shopping*).

**FORUM “IMMIGRAZIONE, FRONTIERE E ASILO” (IFA)**  
**AGGIORNAMENTI SULLA GIURISPRUDENZA**  
**Bollettino mensile n. 10 – ottobre 2022**  
*(a cura di Erika Colombo e Francesco Luigi Gatta)*

**In questo numero:**

**Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea**

Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2022, causa C-241/21, *I.L.*

Corte di giustizia, sentenza del 20 ottobre 2022, causa C-825/21, *UP c.*

*Centre public d’action sociale de Liège*

Corte di giustizia, sentenza del 20 ottobre 2022, causa C-66/21, *O.T.E.*

**Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo**

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 6 ottobre 2022, *S. c.*

*Francia*, ric. n. 18207/21

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 13 ottobre 2022, *T.Z.*

*e altri c. Polonia*, ric. n. 41764/17

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 18 ottobre 2022,

*Muhammad c. Spagna*, ric. n. 34085/17

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 20 ottobre 2022,

*M.T. e altri c. Svezia*, ric. n. 22105/18

**Giurisprudenza nazionale**

Cassazione penale, Sez. I, sentenza del 14 ottobre 2022, n. 38819

**Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea**

Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2022, causa C-241/21, *I.L.*

**Categoria:** Immigrazione

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Direttiva 2008/115/CE – Art. 15, par. 1 – Trattenimento – Rischio per l’effettiva esecuzione dell’allontanamento – Art. 6 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea

**Fatto:** *I.L.*, cittadino moldavo soggiornante in Estonia grazie ad un’esonazione dal visto, veniva dichiarato colpevole del reato di maltrattamenti fisici. Di conseguenza, le autorità estoni ponevano anticipatamente fine al suo diritto di soggiorno regolare sul territorio nazionale e ne ordinavano il trattenimento fino al momento dell’allontanamento, giustificando tale decisione sulla base dell’esistenza di un rischio di fuga. *I.L.* impugnava

tale provvedimento, contestandone la legittimità. Il giudice del rinvio constatava che nessuno dei motivi di trattenimento previsti dalla normativa estone, volta a recepire l'art. 15, par. 1, della direttiva 2008/115/CE, era soddisfatto nel caso di specie. Domandava pertanto alla Corte di giustizia se l'art. 15, par. 1, della direttiva 2008/115/CE debba essere interpretato nel senso che consente a uno Stato membro di disporre il trattenimento di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare sulla sola base di un criterio generale vertente sul rischio che l'esecuzione effettiva dell'allontanamento sia compromessa.

**Esito/punto di diritto:** Secondo la Corte di giustizia, un criterio generale vertente sul rischio che l'esecuzione effettiva dell'allontanamento sia compromessa non soddisfa i requisiti di chiarezza, prevedibilità e protezione, sanciti sia dall'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali, sia dall'art. 5 della CEDU, posti a tutela del diritto alla libertà personale. A causa della sua mancanza di precisione, in particolare per quanto riguarda la determinazione degli elementi che devono essere presi in considerazione dalle autorità nazionali competenti ai fini della valutazione dell'esistenza del rischio sul quale esso si fonda, un siffatto criterio non consente alle persone coinvolte di prevedere, con il livello di certezza richiesto, in quali ipotesi potrebbero essere trattenute. Per gli stessi motivi, un siffatto criterio non offre a tali persone una protezione adeguata contro l'arbitrarietà della decisione stessa. Pertanto, la Corte esclude che l'art. 15, par. 1, della direttiva 2008/115 possa consentire a uno Stato membro di disporre il trattenimento di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare sulla sola base di un criterio generale legato al rischio di compromissione dell'esecuzione effettiva dell'allontanamento, senza che sia soddisfatto uno dei motivi di trattenimento specifici previsti e chiaramente definiti dalla normativa nazionale volta a recepire tale disposizione.

Corte di giustizia, sentenza del 20 ottobre 2022, causa C-825/21, *UP c. Centre public d'action sociale de Liège*

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Direttiva 2008/115/CE – Art. 6, par. 4 – Diritto di soggiorno per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura – Rimpatrio – Sospensione della decisione

**Fatto:** UP, cittadina della Repubblica democratica del Congo, presentava in Belgio una domanda di protezione internazionale, che veniva respinta dall'autorità competente con successivo ordine di lasciare il territorio nazionale. UP presentava ricorso avverso la decisione di rigetto della domanda di protezione internazionale, ma non avverso l'ordine di allonta-

namento. Parallelamente, la stessa presentava una domanda di autorizzazione al soggiorno per motivi di salute, la quale, inizialmente, veniva dichiarata ricevibile e comportava il rilascio di un'attestazione di registrazione, che consentiva all'interessata di avere accesso all'assistenza sociale economica. Tuttavia, nel momento in cui interveniva la decisione di rigetto del ricorso avverso la decisione sulla domanda di protezione internazionale, l'Ufficio stranieri respingeva anche la domanda di autorizzazione al soggiorno per motivi di salute e decideva di recuperare l'importo già versato a titolo di assistenza sociale. UP, dunque, impugnava detta decisione, senza che il ricorso avesse effetto sospensivo. L'impugnazione veniva respinta in primo grado e in appello, poiché l'ordine di lasciare il territorio, adottato prima della domanda di autorizzazione al soggiorno per motivi di salute e sospeso nelle more della procedura di rilascio di tale autorizzazione, continuava a sussistere e la sospensione cessava di produrre i propri effetti in seguito al rigetto della domanda. Quindi, da quel momento, il soggiorno della ricorrente doveva considerarsi irregolare, il che impediva l'ottenimento di un'assistenza sociale diversa dall'assistenza sanitaria urgente. UP, per contro, sosteneva che il rilascio di attestazioni di registrazione al cittadino di un paese terzo che invochi un diritto di soggiorno stia a indicare che quest'ultimo è autorizzato a soggiornare, anche se in modo temporaneo e precario, e comporti, pertanto, la revoca implicita dell'ordine di lasciare il territorio, precedentemente notificato. La questione giungeva alla Corte di Cassazione, la quale effettuava un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, dubitando della compatibilità della normativa nazionale con l'art. 6, par. 4, della direttiva 2008/115, ai sensi del quale gli Stati membri possono rilasciare «in qualsiasi momento» a un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare un «permesso di soggiorno autonomo» o un'«altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare» per «motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura».

**Esito/punto di diritto:** La Corte di giustizia afferma che l'art. 6, par. 4, della direttiva 2008/115 consente a uno Stato membro di prevedere che la concessione di un diritto di soggiorno a un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare, in attesa dell'esito dell'esame di una domanda di autorizzazione al soggiorno per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura, comporti la revoca implicita di una decisione di rimpatrio precedentemente adottata nei suoi confronti a seguito del rigetto di una domanda di protezione internazionale. Secondo la Corte, dal tenore letterale della norma risulta che gli Stati membri, quando concedono un diritto di soggiorno per motivi caritatevoli, umanitari o di altro tipo, possono prevedere sia che

quest'ultimo abbia l'effetto di sospendere, durante il periodo di validità di tale permesso, qualsiasi decisione di rimpatrio precedentemente adottata nei confronti dell'interessato, sia che tale diritto di soggiorno comporti l'annullamento di una tale precedente decisione di rimpatrio. Tale interpretazione non contrasta con l'effetto utile della direttiva 2008/115 – ossia l'esecuzione delle decisioni di rimpatrio con la massima celerità –, non trovando applicazione, nel caso di specie, la giurisprudenza della Corte elaborata a partire dalla causa *J.N.* (sentenza del 15 febbraio 2016, C-601/15 PPU), relativa alle conseguenze del rilascio di un'autorizzazione a restare nel territorio in caso di domande multiple<sup>1</sup>.

Corte di giustizia, sentenza del 20 ottobre 2022, causa C-66/21, *O.T.E.*

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Regolamento Dublino III – Direttiva 2004/81/CE – Art. 6 – Concessione del periodo di riflessione – Divieto di eseguire una misura di allontanamento

**Fatto:** O.T.E., cittadino nigeriano, dopo aver presentato tre domande di protezione internazionale in Italia, nonché un'ulteriore domanda in Belgio, chiedeva asilo nei Paesi Bassi. Lo Stato italiano accettava la richiesta di ripresa in carico del soggetto, ai sensi dell'art.18, par. 1, lett. d), del regolamento Dublino III, e il segretario di Stato olandese informava lo stesso che avrebbe respinto la sua domanda di asilo, senza esame, data la sussistenza della competenza dell'Italia per l'esame della sua istanza. O.T.E., dunque, dichiarava di essere stato vittima della tratta di esseri umani in Italia e di aver riconosciuto uno degli autori di tale reato in un centro di accoglienza nei Paesi Bassi. Il segretario di Stato olandese rifiutava comunque di esaminare la sua domanda e disponeva il suo trasferimento verso l'Italia. L'interessato sporgeva denuncia presso le autorità dei Paesi Bassi sostenendo di essere stato vittima di tratta di esseri umani, ma la denuncia veniva archiviata senza seguito. La questione, dunque, veniva esaminata dal giudice del rinvio, a seguito del ricorso promosso dallo stesso O.T.E. avverso la decisione di archiviazione della denuncia, ritenuta illegittima per contrasto con l'art. 6 della direttiva 2004/81: la norma sancisce il diritto del

<sup>1</sup> La Corte di giustizia ricorda che l'effetto utile della direttiva 2008/115 richiede che una procedura avviata in forza di tale direttiva, nell'ambito della quale è stata adottata una decisione di rimpatrio, sia ripresa non al suo inizio, ma alla fase in cui essa è stata interrotta in conseguenza del deposito di una domanda di protezione internazionale e ciò dal momento del rigetto in primo grado della domanda stessa. Gli Stati membri sono tenuti a non compromettere la realizzazione dell'obiettivo, perseguito da tale direttiva, di procedere all'allontanamento con la massima celerità (punti da 74 a 76 e 80 della sentenza *J.N.*).

cittadino di un paese terzo di vedersi concedere un periodo di riflessione – la cui durata è stabilita dal diritto nazionale – per consentirgli di riprendersi e sottrarsi all’influenza degli autori dei reati, affinché possa decidere consapevolmente se voglia cooperare con le autorità competenti. Durante questo periodo, non può essere eseguita nessuna misura di allontanamento decisa a suo riguardo.

**Esito/punto di diritto:** La Corte sostiene che il riconoscimento di un periodo di riflessione a un richiedente protezione internazionale non impedisce allo Stato membro nel cui territorio egli si trova di presentare, nel corso di tale periodo, la propria richiesta di prendere in carico tale richiedente da parte di un altro Stato membro e, in caso di accettazione di quest’ultimo, di adottare una decisione di trasferimento verso lo Stato membro così richiesto. Inoltre, i giudici precisano che spetta agli Stati membri garantire un punto di equilibrio tra la durata del periodo di riflessione da essi concesso alle vittime della tratta di esseri umani nei loro rispettivi territori e il rispetto del termine di sei mesi, previsto all’art. 29, parr. 1 e 2, del regolamento Dublino III, per procedere al trasferimento dell’interessato. Dunque, l’art. 6, par. 2, della direttiva 2004/81 osta a che una decisione di trasferimento di un cittadino di un paese terzo sia eseguita durante il periodo di riflessione garantito al par. 1 di tale art. 6, ma non osta all’adozione né di una siffatta decisione, né di misure preparatorie dell’esecuzione di quest’ultima (sempre che tali misure non privino di effetto utile tale periodo di riflessione, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare).

\* \* \* \* \*

### **Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo**

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 6 ottobre 2022, *S. c. Francia*, ric. n. 18207/21

**Categoria:** Frontiere

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 3 CEDU – Misure provvisorie *ex art. 39* Regolamento di procedura della Corte – Espulsione – *refoulement* – Russia

**Fatto:** il ricorrente è un cittadino russo di origine cecena. Arrestato nel 2004 per presunte relazioni con soggetti coinvolti nel movimento insurrezionale ceceno, veniva detenuto e torturato e costretto a confessare il suo coinvolgimento nel citato movimento. Rilasciato con un’amnistia, viveva in clandestinità dietro la costante minaccia dei servizi segreti russi. Ferito in un attacco dell’esercito russo nel luglio 2008 e dichiarato morto dalla stampa russa, fuggiva in Azerbaigian e poi in Ucraina. Entrato illegalmente



in Francia nel 2013, avanzava domanda d'asilo. Gli veniva riconosciuto lo *status* di rifugiato che, tuttavia, veniva successivamente revocato poiché il ricorrente lo aveva ottenuto in modo fraudolento, dichiarando una falsa identità. Veniva, infine, disposta la sua espulsione, in quanto considerato una minaccia alla sicurezza nazionale.

**Esito/punto di diritto:** La Corte ricorda che, in caso di espulsione, le autorità nazionali sono tenute a esaminare il rischio reale che la persona interessata subisca un danno irreparabile, tenendo conto di tre aspetti: la situazione generale del Paese di destinazione, l'eventuale appartenenza del ricorrente a un gruppo vulnerabile, le sue circostanze personali. Quanto ai primi due profili, per la Corte la situazione non è tale da determinare una violazione dell'art. 3 CEDU: né con riguardo alla situazione generale del Caucaso settentrionale, nonostante documentate violazioni anche gravi dei diritti umani; né con riguardo ai gruppi operanti nella lotta di resistenza cecena, i quali non possono essere considerati sistematicamente ed automaticamente soggetti a trattamenti contrari alla Convenzione. Le autorità francesi, nondimeno, hanno omesso di valutare adeguatamente la posizione del ricorrente su base individuale, non avendo esaminato la portata del rischio legato alla circostanza che lo stesso, sospettato di essere coinvolto in attività terroristiche e, pertanto, segnalato dalle autorità russe, potesse presentare un profilo corrispondente ad una delle categorie particolarmente a rischio. Pertanto, l'espulsione violerebbe l'art. 3 CEDU, se eseguita in assenza di una valutazione adeguata *ex nunc* del potenziale rischio individuale e specifico per il ricorrente.

Corte europea dei diritti umani, sentenza del 13 ottobre 2022, *T.Z. e altri c. Polonia*, ric. n. 41764/17

**Categoria:** Asilo, Frontiere

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 3 CEDU – Art. 13 CEDU – Art. 4, Protocollo 4 CEDU – Espulsione collettiva – Frontiera polacco-bielorussa

**Fatto:** i ricorrenti sono cittadini russi di origine cecena, una famiglia formata dai genitori e da quattro figli minori. Nell'arco temporale tra l'agosto 2016 e il marzo 2017 tentavano, per 22 volte, l'ingresso in Polonia presso il valico di Terespol, al confine con la Bielorussia. In tutte le occorrenze, veniva loro negato l'accesso al territorio e le domande d'asilo presentate dalla famiglia, anche per iscritto, non venivano registrate. L'ultimo tentativo risale al giugno 2017, quando i ricorrenti riuscivano finalmente ad entrare in territorio polacco e a presentare domanda d'asilo grazie alla misura provvisoria ordinata alla Polonia dalla Corte EDU, *ex art. 39 del*

proprio regolamento di procedura, che intimava a tale Stato di astenersi dal respingere i ricorrenti verso la Bielorussia.

**Esito/punto di diritto:** La Corte, richiamandosi alla sentenza resa nel caso *M.K. e altri c. Polonia* e relativa a profili fattuali analoghi, riscontra una violazione dell'art. 3 CEDU stante il rifiuto delle autorità polacche di consentire ai ricorrenti di rimanere sul territorio nazionale in attesa dell'esame delle loro domande d'asilo. Con una tale condotta, le autorità di frontiera hanno consapevolmente esposto la famiglia a un grave rischio di respingimento a catena e di trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU. Sulla base della stessa giurisprudenza, la Corte ha riscontrato altresì una violazione dell'art. 4, Protocollo n. 4, nonché dell'art. 13 CEDU, in combinato disposto con le già menzionate disposizioni.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 ottobre 2022, *Muhammad c. Spagna*, ric. n. 34085/17

**Categoria:** Immigrazione

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 8 CEDU – Art. 14 CEDU – Discriminazione – *Racial Profiling* – Spagna

**Fatto:** Il ricorrente, Zeshan Muhammad, è un cittadino pakistano che vive a Barcellona. Il caso riguarda il fermo del ricorrente da parte della polizia in una strada trafficata di Barcellona, in una zona turistica in cui i borseggi e i furti erano relativamente frequenti. Il ricorrente, a cui veniva chiesto di esibire un documento d'identità, rifiutava di farsi identificare e chiedeva se fosse stato controllato a causa del colore della sua pelle. Veniva quindi arrestato e portato in questura, dove gli veniva comminata una sanzione amministrativa per aver rifiutato l'identificazione e aver manifestato una "mancanza di rispetto verso l'autorità", "mostrando un atteggiamento insolente". Presentava, quindi, ricorso alla Corte EDU, sostenendo di aver subito un trattamento discriminatorio da parte della polizia spagnola legato a profilazione razziale (c.d. *racial profiling*) a causa della sua origine etnica e del colore della pelle. Invocava, quindi, la violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione) letto in combinato disposto con l'art. 8 (diritto a rispetto della vita privata e familiare).

**Esito/punto di diritto:** La Corte ritiene anzitutto applicabili le norme invocate dal ricorrente: egli era stato sottoposto a un controllo d'identità da parte della polizia in pubblico, per strada, presumibilmente a causa del colore della sua pelle scura e quindi per motivi razziali. Il controllo aveva necessariamente influito sulla sua vita privata e sarebbe stato sufficiente a pregiudicare la sua integrità psicologica e identità etnica. Pertanto, il controllo di identità in questione rientra nell'ambito degli artt. 8 e 14 CEDU.

Nel merito, la Corte osserva che, nei procedimenti interni, il ricorrente aveva fatto affidamento sul fatto che nessun altro appartenente alla "popolazione a maggioranza caucasica" era stato fermato sulla stessa strada immediatamente prima, durante o dopo il suo controllo di identità. Ciò, tuttavia, per la Corte non può essere considerato *per se* come un'indicazione della motivazione razziale della richiesta di esibire il documento di identità. Il ricorrente non aveva mostrato alcuna circostanza che potesse far pensare che la polizia avesse svolto controlli di identità motivati dall'animosità nei confronti di cittadini che condividevano l'etnia del ricorrente. Non vi è quindi motivo per la Corte di discostarsi dalla conclusione dei tribunali nazionali secondo cui l'atteggiamento del ricorrente, e non la sua etnia, era ciò che aveva indotto gli agenti di polizia a fermarlo e a identificarlo. Era stato solo il suo rifiuto a mostrare la prova della sua identità che aveva causato la sua detenzione, non essendo stato dimostrato che atteggiamenti razzisti avessero avuto un ruolo nel controllo dell'identità del ricorrente da parte della polizia. In conclusione, pertanto, la Corte esclude (per quattro voti contro tre) violazioni della CEDU da parte della Spagna.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 ottobre 2022, *M.T. e altri c. Svezia*, ric. n. 22105/18

**Categoria:** Asilo, Immigrazione

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 8 CEDU – Ricongiungimento familiare – Legge svedese sugli stranieri – Asilo – Siria

**Fatto:** I ricorrenti sono cittadini siriani, M.T. e i suoi due figli M.A.K e A.A.K. I primi due vivono in Siria, mentre A.A.K. in Svezia. Giuntovi nel 2016, aveva chiesto asilo e, a causa della situazione d'insicurezza in Siria, aveva ottenuto un permesso temporaneo di soggiorno, valido 13 mesi (fino al dicembre 2017), e successivamente prorogato. Intanto, nel febbraio 2017, presso l'ambasciata svedese a Khartoum, gli altri due ricorrenti chiedevano – senza successo – permessi di soggiorno per la Svezia, facendo presenti i loro legami familiari con A.A.K. Il rifiuto delle autorità, di cui i ricorrenti lamentavano contrarietà all'art. 8 CEDU, si inseriva nel contesto della riforma della Legge sugli stranieri svedese, attuata a seguito dell'aumento record di richiedenti asilo (circa 163.000) registrato in Svezia dal 2015. La legge temporanea (in vigore dal 20 luglio 2016 al 19 luglio 2019) era intervenuta, tra l'altro, limitando il diritto al ricongiungimento familiare sia per i rifugiati che per le persone che beneficiano di protezione sussidiaria, ricollegandolo, in sostanza, al nucleo familiare e disponendone una sospensione nei confronti dei beneficiari di protezione sussidiaria nel periodo dal 20 luglio 2016 al 19 luglio 2019.

**Esito/punto di diritto:** La Corte ha richiamato la sentenza *M.A. c. Danimarca* in cui la Grande Camera aveva stabilito che un rifiuto di concedere il ricongiungimento familiare a una coppia di coniugi a causa di un periodo di attesa di tre anni applicabile ai beneficiari di protezione temporanea aveva comportato una violazione dell'art. 8 CEDU, ma aveva aggiunto che un periodo di due anni sarebbe accettabile. Nel caso di specie, la Corte nota che la legislazione svedese prevedeva un periodo di attesa di due anni (applicato da luglio 2017) e che l'interesse superiore del minore, di qualunque età, non poteva costituire una "carta vincente" tale da richiedere l'ammissione di tutti i minori che avrebbero migliori condizioni di vita in uno Stato contraente. Quanto al giusto equilibrio tra le esigenze dei ricorrenti e quelli della comunità dello Stato ospitante, la Corte ha sottolineato l'elevato numero di richiedenti asilo già accolti dalla Svezia e il conseguente peso avutosi per lo Stato e la società, motivi che il governo aveva addotto per la sospensione del ricongiungimento familiare per situazioni come quella dei ricorrenti. La Corte ha poi osservato che i ricorrenti non avevano altri legami con il Paese diversi da quelli di A.A.K., a cui era stato concesso un permesso temporaneo di soggiorno. La loro situazione era direttamente coperta dalla sospensione del ricongiungimento familiare, ai sensi della legge svedese, e i ricorrenti non erano stati in grado di dimostrare un livello di dipendenza tale da giustificare il ricongiungimento, ai sensi della consolidata giurisprudenza della Corte. In ogni caso, la Corte ha ritenuto che la sospensione del ricongiungimento non avesse avuto ripercussioni significative su A.A.K., dato che aveva vissuto e studiato in Svezia senza problemi già da due anni. Nel complesso, la Corte è soddisfatta del fatto che le autorità svedesi, nel sospendere il diritto dei ricorrenti al ricongiungimento familiare, avevano trovato un giusto equilibrio tra l'interesse al ricongiungimento e quello della collettività, intesa come tutela del benessere economico del Paese per il tramite della regolamentazione dell'immigrazione e del controllo della spesa pubblica: aspetti che rientrano nella discrezionalità e nel margine di apprezzamento dello Stato. Su queste basi viene quindi esclusa una violazione dell'art. 8 CEDU.

\* \* \* \* \*

### **Giurisprudenza nazionale**

Cassazione penale, Sez. I, sentenza del 14 ottobre 2022, n. 38819

**Categoria:** Immigrazione

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Articolo 14, comma 5-ter d.lgs. 286/98

– Reato di inottemperanza al decreto di espulsione – Giustificato motivo – Soggiorno – Inesigibilità della condotta

**Fatto:** Il ricorrente veniva dichiarato responsabile del reato di inottemperanza al decreto di espulsione *ex art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286/98*, e veniva condannato al pagamento di una multa di euro 8.000. Proponeva ricorso, chiedendo l'annullamento del provvedimento impugnato, denunciando la violazione di legge e il vizio della motivazione con riguardo al mancato riconoscimento del giustificato motivo derivante dalla documentata nascita in Italia di una figlia a distanza di pochi giorni dal decreto di espulsione; ragione per la quale aveva ottenuto un permesso di soggiorno per cure mediche in data 11 febbraio 2021 (scadenza 23 maggio 2021).

**Esito/punto di diritto:** La Cassazione accoglie il ricorso, occupandosi di precisare il significato di «giustificato motivo» idoneo a escludere la configurabilità del reato di inosservanza dell'ordine del Questore di lasciare il territorio dello Stato. La Corte, innanzitutto, ricorda che la fattispecie in questione costituisce un reato omissivo proprio, il cui presupposto è rappresentato dall'adozione di due provvedimenti: l'ordine di allontanamento adottato dal Questore e il provvedimento di espulsione o respingimento adottato dal Prefetto. Si tratta di provvedimenti amministrativi che costituiscono presupposti positivi della condotta omissiva incriminata e contribuiscono a descrivere la tipicità del reato, sul piano oggettivo. Come precisato dalla Cassazione, le ragioni che possono legittimare la Pubblica amministrazione a non procedere all'espulsione costituiscono indici di riconoscimento dell'inesigibilità della condotta richiesta allo straniero. Inoltre, come era già stato stabilito da una sentenza del 2021 (Sez. 1, sentenza del 11 febbraio 2022, n. 9929), si ricorda che «la sussistenza del giustificato motivo per cui lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore di allontanarsene entro cinque giorni ai sensi dell'art. 14-ter d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 deve essere valutata con riguardo a situazioni ostative – l'onere della cui prova grava sull'interessato – incidenti sulla sua stessa possibilità, oggettiva o soggettiva, di ottemperarvi, escludendola ovvero rendendola difficoltosa». Dunque, per riempire di significato la formula oggetto di interpretazione alla luce della finalità dell'incriminazione e del quadro normativo complessivo, la Corte dà rilevanza all'articolo 19, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 286/1998, secondo cui non è consentita l'espulsione, salvo i casi di cui all'art. 13, comma 1, nei confronti delle donne in stato di gravidanza o nei 6 mesi successivi alla nascita del figlio. In conclusione, la Cassazione afferma che «al fine di individuare la sussistenza del giustificato motivo, idoneo ad escludere la configurabilità del reato di inosservanza all'ordine del questore di la-

sciare il territorio dello Stato, costituiscono indici di riconoscimento dell'inesigibilità della condotta richiesta allo straniero (padre o madre che sia), in applicazione del principio di tutela della gravidanza e della prole, lo stato di gestazione e, poi, la nascita del figlio fino al raggiungimento del sesto mese».



**FORUM “IMMIGRAZIONE, FRONTIERE E ASILO” (IFA)**  
**AGGIORNAMENTI SULLA GIURISPRUDENZA**  
**Bollettino mensile n. 11 – novembre 2022**  
*(a cura di Erika Colombo e Francesco Luigi Gatta)*

**In questo numero:**

**Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea**

Corte di giustizia, sentenza dell’8 novembre 2022, cause riunite C-704/20 e C-39/21, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Examen d’office de la rétention)*

Corte di giustizia, sentenza del 17 novembre 2022, causa C-230/21, *Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée)*

Corte di giustizia, sentenza del 22 novembre 2022, causa C-69/21, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*

**Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo**

Corte europea dei diritti dell’uomo (Grande Camera), sentenza del 3 novembre 2022, *Sanchez-Sanchez c. Regno Unito*, ric. n. 22854/20

Corte europea dei diritti dell’uomo, decisione del 16 novembre 2022, misure provvisorie ex art. 39 regolamento di procedura della Corte, *Msallem e 147 altri c. Belgio*, ric. n. 48987/22

**Giurisprudenza nazionale**

Tribunale di Genova, Sez. XI, ordinanza del 10 novembre 2022, n. 3990

Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sez. Terza, sentenza del 23 novembre 2022, n. 1812

**Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea**

Corte di giustizia, sentenza dell’8 novembre 2022, cause riunite C-704/20 e C-39/21, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Examen d’office de la rétention)*

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 15 direttiva 2008/11 – Art. 9 direttiva 2013/33 – Art. 28 regolamento (UE) n. 604/2013 – Trattenimento – Intensità del controllo giurisdizionale

**Fatto (causa C-704/20):** B, cittadino algerino, e C, cittadino della Sierra Leone, intenzionati a presentare una domanda di protezione internazio-



nale nei Paesi Bassi, venivano sottoposti a trattenimento al fine di accertare la loro identità e di stabilire gli elementi necessari alla valutazione di tale domanda. Entrambi proponevano ricorso avverso le decisioni di trattenimento ed entrambi i ricorsi venivano accolti, sulla base di un motivo non invocato dagli stessi interessati. B e C venivano rilasciati. Il Segretario di Stato olandese proponeva appello avverso le sentenze di revoca dei provvedimenti di trattenimento dinanzi al Consiglio di Stato, il quale promuoveva rinvio pregiudiziale. La questione sollevata concerne l'esistenza di un obbligo, *ex art.* 15, par. 2, della direttiva 2008/115 e art. 9 della direttiva 2013/33, in combinato disposto con l'art. 6 della Carta DFUE, che imponga ai giudici di esaminare se siano soddisfatte tutte le condizioni per il trattenimento, comprese quelle di cui lo straniero, pur avendone la possibilità, non ha contestato.

**Fatto (causa C-39/21):** X, cittadino marocchino, veniva sottoposto a trattenimento per motivi di ordine pubblico, in particolare per il rischio che si sottraesse ai controlli e ostacolasse il proprio allontanamento. Egli, dopo aver impugnato senza successo il provvedimento di trattenimento, impugnava la decisione di mantenimento della medesima misura di trattenimento, eccependo l'assenza di prospettive di allontanamento entro un termine ragionevole. Il giudice competente sollevava un rinvio pregiudiziale, chiedendo chiarimenti per quanto riguarda i requisiti, derivanti dal diritto dell'Unione, relativi all'intensità del controllo giurisdizionale della legittimità delle misure di trattenimento.

**Esito/punto di diritto:** La Corte afferma che l'art. 15, parr. 2 e 3, della direttiva 2008/115/CE, l'art. 9, par. 3 e 5, della direttiva 2013/33/UE e l'art. 28, par. 4, del regolamento (UE) n. 604/2013, in combinato disposto con gli artt. 6 e 47 della Carta DFUE, impongono all'autorità giudiziaria nazionale di rilevare d'ufficio, in base agli elementi del fascicolo portati a sua conoscenza, l'eventuale mancato rispetto di un presupposto di legittimità del trattenimento di un cittadino di un paese terzo, anche se non dedotto dall'interessato. Considerando che la finalità delle misure di trattenimento non è il perseguimento o la repressione di reati e tenuto conto della gravità della loro ingerenza sul diritto alla libertà personale sancito all'art. 6 della Carta DFUE, una misura di trattenimento può essere disposta o prorogata solo nel rispetto delle norme generali che ne fissano le condizioni e le modalità. Quindi deve essere fatta cessare nel momento in cui i presupposti di legittimità della sua predisposizione non siano più soddisfatti. Pertanto, l'autorità giudiziaria competente deve essere in grado di verificare la legittimità del trattenimento e rilevare, se del caso, la violazio-

ne di un presupposto di legittimità derivante dal diritto UE, anche qualora una simile violazione non sia stata dedotta dall'interessato. A tal fine, si devono considerare: a) gli elementi di fatto e le prove assunti dall'autorità amministrativa che ha disposto il trattenimento iniziale; b) i fatti, le prove e le osservazioni che vengono eventualmente sottoposti dall'interessato; c) tutti gli altri elementi rilevanti ai fini della decisione, anche rilevati d'ufficio (salvo l'obbligo di invitare ciascuna delle parti a prendere posizione su tali elementi, in conformità al principio del contraddittorio).

Corte di giustizia, sentenza del 17 novembre 2022, causa C-230/21, *Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée)*

**Categoria:** Immigrazione

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 2, lett. f), Direttiva 2003/86/CE – Art. 10, par. 3, lett. a), Direttiva 2003/86/CE – Nozione di “minore non accompagnato” – Diritto al ricongiungimento familiare – Matrimonio non riconosciuto

**Fatto:** X ha una figlia che, all'età di quindici anni, sposava in Libano Y.B., titolare di un permesso di soggiorno valido in Belgio. La ragazza, a sedici anni, si recava in tale Stato membro per raggiungere il marito e veniva qualificata come “minore straniera non accompagnata”. L'Ufficio per gli stranieri belga rifiutava di riconoscere l'atto di matrimonio della figlia di X, ritenendo che, trattandosi di un matrimonio di minorenne, doveva ritenersi incompatibile con l'ordine pubblico. Nel contempo, la stessa presentava alle autorità belghe una domanda di protezione internazionale e otteneva il riconoscimento dello *status* di rifugiato. X allora presentava presso l'ambasciata del Belgio in Libano, da un lato, una domanda di visto ai fini del ricongiungimento familiare con sua figlia e, dall'altro, ulteriori domande di visti umanitari per i propri figli minorenni, Y e Z. Le richieste venivano rigettate, poiché l'autorità competente giudicava la figlia di X, dopo un matrimonio valido nel paese in cui era stato contratto, come non più appartenente alla famiglia nucleare dei suoi genitori. Ai sensi della normativa belga, infatti, la famiglia nucleare deve essere considerata come costituita dai coniugi e dai figli minorenni non coniugati. I provvedimenti di rigetto venivano impugnati innanzi al Consiglio per il contenzioso degli stranieri belga, il quale effettuava un rinvio pregiudiziale, interpellando la Corte di giustizia in merito all'interpretazione dell'art. 10, par. 3, lett. a), della direttiva 2003/86.

**Esito/punto di diritto: Diritto:** La Corte afferma che, in presenza di un rifugiato, qualificabile come minore non accompagnato ai sensi dell'art. 2, lett. f), della direttiva 2003/86, l'art. 10, par. 3, lett. a), di detta direttiva

impone agli Stati membri l'obbligo positivo di autorizzare il ricongiungimento familiare degli ascendenti diretti di primo grado del soggiornante. Alla luce di un'interpretazione letterale della norma richiamata, è possibile constatare come siffatto obbligo: a) non è assoggettato né a un margine di discrezionalità da parte degli Stati membri, né alle condizioni previste all'art. 4, par. 2, lettera a), della direttiva in parola; b) non viene espressamente escluso nel caso in cui il rifugiato minorenni sia coniugato. Tale constatazione si desume anche dal contesto normativo in cui si colloca la disposizione oggetto di interpretazione: il legislatore dell'Unione, in alcune occasioni, ha dato rilevanza allo stato matrimoniale del minore per escludere l'accesso al ricongiungimento familiare (cfr. l'art. 4, par. 1, direttiva 2003/86, che autorizza i figli minorenni del genitore soggiornante a entrare e soggiornare nell'UE sulla base del ricongiungimento familiare solo a condizione che non siano coniugati), il che testimonia la sua volontà di non limitare il beneficio di cui all'art. 10, par. 3, lett. a), ai soli rifugiati minori non accompagnati non coniugati. Peraltro, un'interpretazione della norma che negasse il ricongiungimento con gli ascendenti diretti di primo grado qualora il rifugiato minore non accompagnato soggiornante sia coniugato avrebbe le seguenti conseguenze: a) collocherebbe il minore in una situazione di particolare vulnerabilità poiché esso si troverebbe privato di qualsiasi rete familiare nello Stato membro in cui si trova; b) si porrebbe in contrasto con le finalità stesse della direttiva 2003/86, che ha l'obiettivo di favorire il ricongiungimento familiare e di concedere una protezione ai cittadini di paesi terzi, nonché con la *ratio* stessa della disposizione, che mira a garantire una protezione rafforzata a favore dei rifugiati che hanno lo *status* di minori non accompagnati (sul punto cfr. la sentenza A e S). Pertanto, l'art. 10, par. 3, lett. a), deve essere interpretato nel senso che l'aver contratto matrimonio non osta al ricongiungimento familiare, con gli ascendenti diretti di primo grado, del rifugiato minore non accompagnato residente in uno Stato membro. Tale interpretazione è conforme sia ai principi di parità di trattamento e di certezza del diritto (dal momento che lo stato civile di un rifugiato minore non accompagnato può spesso essere difficile da stabilire, in particolare nel caso dei rifugiati originari di paesi che non sono in grado di rilasciare documenti ufficiali affidabili), sia con l'art. 24, par. 2 e 3, della Carta DFUE, che impongono agli Stati membri di esaminare le domande di ricongiungimento nell'interesse dei minori coinvolti e nell'ottica di favorire l'unità del nucleo familiare.

Corte di giustizia, sentenza del 22 novembre 2022, causa C-69/21, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*

**Categoria:** Immigrazione

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Artt. 4, 7 e 19 Carta DFUE – Art. 5 Direttiva 2008/115/CE – Allontanamento – Malattia grave – Aumento del dolore

**Fatto:** X, cittadino russo, contraeva, all'età di sedici anni, una rara forma di cancro del sangue per la quale veniva curato nei Paesi Bassi, attraverso la somministrazione di cannabis terapeutica a fini analgesici (terapia non autorizzata in Russia). X presentava diverse domande di asilo nei Paesi Bassi, le quali venivano tutte respinte. In seguito al rigetto delle domande di asilo, le autorità competenti negavano a X il diritto di ottenere un permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 8 CEDU, nonché il diritto a un differimento del suo allontanamento (in base alla legge olandese sugli stranieri). X promuoveva ricorso avverso la decisione di rimpatrio adottata nei suoi confronti, chiedendo il rilascio di un permesso di soggiorno o, quantomeno, la concessione di un rinvio dell'allontanamento, dal momento che la terapia a base di cannabis terapeutica nei Paesi Bassi era a tal punto essenziale che egli non avrebbe potuto più condurre una vita dignitosa se tale terapia fosse stata interrotta. Il giudice olandese investito della questione si rivolgeva alla Corte di giustizia con rinvio pregiudiziale, per stabilire se, in una simile fattispecie, il diritto dell'Unione ostasse all'adozione di una decisione di rimpatrio o di un provvedimento di allontanamento.

**Esito/punto di diritto:** La Corte afferma che l'art. 5 della direttiva 2008/115, in combinato disposto con gli artt. 1, 4 e 19, par. 2, della Carta DFUE, osta a che uno Stato membro adotti una decisione di rimpatrio o proceda all'allontanamento di un cittadino di un paese terzo, il cui soggiorno è irregolare e che è affetto da una grave malattia, allorché sussistono gravi e comprovati motivi per ritenere che il rimpatrio di tale cittadino possa esporlo, a causa dell'indisponibilità di cure adeguate nel paese di destinazione, a un rischio reale di aumento rapido, significativo e irrimediabile dell'intensità del dolore causato dalla sua malattia. Dalla propria giurisprudenza e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, emerge che il dolore dovuto a una malattia, fisica o mentale, sopraggiunta per cause naturali, può ricadere nel campo applicativo dell'art. 3 CEDU – e, quindi, dell'art. 4 della Carta DFUE – se esso è, o rischia di essere, esacerbato da un trattamento, sia esso risultante da condizioni di detenzione, da un'espulsione o da altri provvedimenti, imputabili all'autorità statale. È, però, necessario che le sofferenze raggiungano un livello minimo di gravità: un rischio di decesso imminente o un rischio reale di un declino grave, rapido e irreversibile delle condizioni di salute, tale da comportare intense

sofferenze o una significativa riduzione della speranza di vita (cfr. Corte EDU, sentenza *Paposhvili c. Belgio* e Corte di giustizia, sentenza *MP*). Quanto alla circostanza per cui, in caso di rimpatrio, vi sia il rischio dell'aggravarsi del dolore connesso alla malattia grave di un cittadino di un paese terzo, il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare, non qualsiasi rischio di aumento del dolore espone quest'ultimo a un trattamento contrario all'art. 4 della Carta DFUE. Infatti, è necessario che sussistano motivi seri e comprovati per ritenere che, in caso di rimpatrio, tale cittadino sia esposto al rischio reale che il suo dolore aumenti in modo rapido, significativo e irrimediabile. Ciò accade, innanzitutto, qualora sia accertato che nel paese di destinazione non può essergli somministrato legalmente il solo trattamento analgesico efficace e che l'assenza di un siffatto trattamento lo esporrebbe ad un dolore di un'intensità tale da risultare contrario alla dignità umana, in quanto potrebbe causargli disturbi psichici gravi e irreversibili o addirittura condurlo al suicidio, circostanza che spetta al giudice del rinvio determinare alla luce di tutti gli elementi pertinenti, in particolare quelli di tipo medico (cfr. Corte EDU, sentenza *Savran c. Danimarca*). Inoltre, occorre considerare che l'aumento d'intensità del dolore della persona interessata può essere progressivo e che può essere necessario un lasso di tempo affinché divenga significativo e irrimediabile. Pertanto, uno Stato membro non può stabilire un termine perentorio (ma, eventualmente, solo indicativo) entro il quale siffatta condizione debba verificarsi, affinché essa osti all'esecuzione della decisione di rimpatrio o di allontanamento.

\* \* \* \* \*

### **Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo**

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 3 novembre 2022, *Sanchez-Sanchez c. Regno Unito*, ric. n. 22854/20

**Categoria:** Frontiere

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 3 CEDU – Estradizione – Ergastolo – Regno Unito – Stati Uniti

**Fatto:** Il ricorrente è un cittadino messicano arrestato nel Regno Unito a seguito di una richiesta degli Stati Uniti d'America, e basata sul sospetto di un suo coinvolgimento nel traffico di stupefacenti dal Messico verso gli USA. Il ricorrente sosteneva che la sua estradizione negli Stati Uniti avrebbe rappresentato una violazione dell'art. 3 CEDU a causa del rischio di ricevere una condanna all'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale.

**Esito/punto di diritto:** La Grande Camera della Corte riconosce che l'imposizione di una condanna all'ergastolo a un soggetto maggiorenne non è di per sé vietata o incompatibile con l'art. 3 o qualsiasi altro articolo della

Convenzione. Osserva, tuttavia, che l'imposizione di un ergastolo irriducibile a un adulto, senza alcuna prospettiva di rilascio, ovvero di una pena gravemente sproporzionata, potrebbe sollevare un problema ai sensi dell'art. 3 CEDU. Richiamando i principi stabiliti in *Vinter e altri c. Regno Unito*, la Corte delinea l'approccio che deve essere adottato in materia di estradizione. In primo luogo, il ricorrente ha l'onere di dimostrare i motivi sostanziali per i quali ritiene che vi sia un rischio, reale e concreto, che, in caso di condanna, la pena comminata sia l'ergastolo senza condizionale. In secondo luogo, l'art. 3 CEDU deve essere interpretato nel senso che richiede la riducibilità della pena, sia *de jure* che *de facto*, attraverso un meccanismo di revisione che consenta alle autorità nazionali di considerare i progressi del detenuto verso la riabilitazione, o qualsiasi altro motivo di rilascio basato sul comportamento o su altre circostanze personali rilevanti. Su queste basi, nel caso di specie, la Corte esclude che il ricorrente avesse addotto prove in grado di dimostrare che la sua estradizione negli Stati Uniti lo avrebbe esposto a un rischio reale di trattamento degradante, tale da raggiungere la soglia di gravità necessaria per integrare una violazione dell'art. 3 CEDU. Non era stato dimostrato chiaramente, infatti, che lo stesso ricorrente avrebbe ricevuto una condanna all'ergastolo. Pertanto, la Corte conclude, all'unanimità, che l'extradizione del ricorrente negli Stati Uniti non risulta incompatibile con l'art. 3 CEDU.

Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 16 novembre 2022, misure provvisorie ex art. 39 regolamento di procedura della Corte, *Msallem e 147 altri c. Belgio*, ric. n. 48987/22

**Categoria:** Immigrazione, Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 39 Regolamento di Procedura della Corte – Misure provvisorie – Art. 3 CEDU – Condizioni di accoglienza – Richiedenti asilo

**Fatto:** I ricorrenti sono 148 richiedenti asilo di varie nazionalità. Vivono in Belgio ma sono privi di una sistemazione. Per questo, facevano ricorso al Tribunale del lavoro di Bruxelles, lamentando la contrarietà alla dignità umana della propria situazione. Il Tribunale ordinava all'Agenzia federale belga incaricata dell'accoglienza dei richiedenti asilo (Fedasil) di fornire accoglienza ed assistenza materiale ai ricorrenti. A causa dello stato di saturazione delle strutture di accoglienza, tuttavia, i ricorrenti rimanevano privi di sistemazione. Decidevano, allora, di rivolgersi alla Corte europea dei diritti umani con richiesta di misure provvisorie ex art. 39 del Regolamento di procedura della Corte, invocando, in particolare, l'art. 3 della CEDU recante il divieto di trattamenti degradanti.

**Esito/punto di diritto:** la Corte ordina al Belgio di rispettare ed eseguire la pronuncia resa dal Tribunale del lavoro di Bruxelles, nel senso di fornire accoglienza e assistenza materiale ai ricorrenti. Le misure provvisorie indicate dai giudici di Strasburgo intimano alle autorità belghe di collocare i ricorrenti in centri di accoglienza o, in alternativa, presso hotel o altre strutture idonee, e provvedere alle forme di assistenza necessarie secondo il caso. La Corte, da ultimo, fa presente che il mancato rispetto delle misure provvisorie implica una violazione dell'art. 34 CEDU relativo al diritto ad un ricorso individuale.

\* \* \* \* \*

### **Giurisprudenza nazionale**

Tribunale di Genova, Sez. XI, ordinanza del 10 novembre 2022, n. 3990

**Categoria:** Immigrazione

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Discriminazione – Accesso all'alloggio – Bando – Prova documentale – Irreperibilità

**Fatto:** Il Comune di Genova, per l'anno 2020, emanava un bando di concorso per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, nel quale era previsto il seguente requisito: non avere diritti di piena proprietà, usufrutto, uso o abitazione su uno o più beni immobili adeguati alle esigenze familiari ubicati all'estero. In particolare, era richiesto ai cittadini di Stati terzi di presentare adeguata documentazione attestante tale requisito, rilasciata dalla competente autorità dello Stato di provenienza, corredata di traduzione in lingua italiana autenticata dall'autorità consolare italiana, che ne attestasse la conformità all'originale. Alcuni cittadini stranieri non riuscivano a reperire suddetta documentazione, per l'assenza di un sistema catastale nel paese di provenienza o per l'eccessiva difficoltà di reperirla, e, pertanto, venivano esclusi dalla procedura di assegnazione degli alloggi. Gli stessi, dunque, ricorrevano in giudizio avverso la Regione Liguria e il Comune di Genova, contestando il carattere discriminatorio del requisito previsto nel bando. Il Comune di Genova si costituiva in giudizio ed eccepiva il difetto di interesse ad agire dei ricorrenti, dal momento che era intervenuta una modifica normativa, che consentiva l'ammissione nella graduatoria definitiva gli stranieri precedentemente esclusi, tra cui i ricorrenti.

**Esito/punto di diritto:** Il Tribunale di Genova riconosce il carattere discriminatorio della previsione del bando oggetto di contestazione: essa pone a carico degli stranieri extracomunitari un onere documentale non richiesto ai cittadini italiani e rende per costoro non solo maggiormente oneroso l'accesso al bando – e dunque agli alloggi –, ma altresì impossibile

l'assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale per una considerevole parte di stranieri. Infatti, vi sono Stati non appartenenti all'UE, nei quali non è possibile acquisire la documentazione riferita al patrimonio immobiliare. Inoltre, il Tribunale afferma che, se è vero che con la riammissione in graduatoria degli stranieri precedentemente esclusi si è posto rimedio alla condotta discriminatoria nei confronti dei cittadini stranieri che avevano fatto domanda di assegnazione dell'alloggio, tuttavia, persiste una discriminazione nei confronti di coloro che non abbiano presentato la domanda, in quanto consapevoli di trovarsi nell'impossibilità di provare documentalmente l'impossidenza immobiliare all'estero, a causa della situazione esistente nel Paese di origine. Pertanto, il Tribunale ordina al Comune di Genova di porre fine alla condotta discriminatoria, consentendo anche ai cittadini stranieri che non hanno proposto domanda l'accesso al bando in condizioni di parità con i cittadini italiani, attraverso la fissazione di un nuovo termine per la presentazione delle domande.

Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sez. Terza, sentenza del 23 novembre 2022, n. 1812

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 19 d.lgs. 286/98 – Permesso per protezione speciale – Questore – Conversione in permesso per motivi di lavoro – Discriminazione

**Fatto:** Il ricorrente, cittadino gambiano, otteneva, a seguito di domanda diretta al Questore, un permesso di soggiorno per protezione speciale ai sensi dell'art. 19, co. 1.2., del d.lgs. 286/98. Dopo aver reperito un'occupazione a tempo indeterminato, lo stesso presentava istanza di conversione del permesso suddetto in permesso per motivi di lavoro subordinato. La richiesta, tuttavia, veniva rigettata con la motivazione che la normativa vigente non prevede la conversione del titolo autorizzatorio posseduto dal richiedente in permesso per soggiorno per motivi di lavoro. Il ricorrente, dunque, impugnava il provvedimento, deducendo la violazione dell'art. 6, co. 1 bis, del d.lgs. 286/98 (che elenca i permessi di soggiorno convertibili in permesso per motivi di lavoro, tra cui anche il «permesso di soggiorno per protezione speciale, di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25»), e, in via subordinata, l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, della norma laddove fosse intesa come preclusiva della possibilità della richiesta conversione.

**Esito/punto di diritto:** Il TAR afferma che una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 6, co. 1 *bis*, del d. lgs. 286/98 non può che con-



durre ad ammettere, in ogni caso, la conversione del titolo di soggiorno per protezione speciale in permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, essendo irrilevante che tale permesso sia stato rilasciato in esito a una richiesta direttamente rivolta al Questore. Come ricordato dal Tribunale, il permesso per protezione speciale può essere ottenuto dallo straniero in esito a due diversi procedimenti. Il primo coincide con quello delineato dall'art. 32, co. 3, del d.lgs. 25/2008: la Commissione territoriale, nell'ambito del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale, laddove non ne ravvisi i presupposti, ma accerti l'esistenza delle condizioni di cui ai commi 1 e 1.1. dell'art. 19 del d.lgs. 286/98, ne dispone il rilascio, trasmettendo gli atti al Questore affinché vi provveda. Il secondo prende le mosse da un'istanza dello straniero presentata direttamente al Questore per ottenere il titolo in parola, che potrà essere rilasciato previa acquisizione del parere della Commissione territoriale sull'esistenza delle condizioni di cui ai commi 1 e 1.1. dell'art. 19. Dunque, il permesso per protezione speciale è unico e sempre rilasciato dal Questore ed è irrilevante che il suo rilascio sia stato disposto dalla Commissione territoriale, ovvero sia stato richiesto dallo straniero direttamente alla Questura. Per questa ragione, «il richiamo operato dal comma 1 bis dell'art. 6 del d. lgs. 286/98 all'art. 32, co. 3, del d.lgs. 25/2008 deve ritenersi finalizzato esclusivamente a definire il tipo di permesso suscettibile di conversione cui il legislatore ha inteso riferirsi utilizzando l'espressione "permesso per protezione speciale" e non anche a limitare l'effetto al solo caso in cui il rilascio di tale permesso sia stato disposto dalla Commissione territoriale, in quanto ciò risulterebbe privo di ogni ratio e logica». In caso contrario, si configurerebbe una discriminazione ai sensi dell'art. 3 della Costituzione, in quanto risulterebbero assoggettate a diverso trattamento situazioni giuridiche soggettive del tutto sovrapponibili, senza alcuna giustificazione valida.

**FORUM “IMMIGRAZIONE, FRONTIERE E ASILO” (IFA)**  
**AGGIORNAMENTI SULLA GIURISPRUDENZA**  
**Bollettino mensile n. 12 – dicembre 2022**  
*(a cura di Erika Colombo e Francesco Luigi Gatta)*

**In questo numero:**

**Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea**

Corte di giustizia, sentenza del 1° dicembre 2022, causa C 564/21, *BU c. Bundesrepublik Deutschland (Federal Republic of Germany)*

Corte di giustizia, 22 dicembre 2022, causa C-279/2, *Udlændingenævnet (Esame linguistico imposto agli stranieri)*

**Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo**

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza dell’8 dicembre 2022, *M.K. e altri c. Francia*, ric. nn. 34349/18, 34638/18 e 35047/18

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 15 dicembre 2022, *W.A. e altri c. Ungheria*, ric. n. 64050/16 e altri 2

Corte europea dei diritti dell’uomo, decisione del 16 dicembre 2022, misure provvisorie ex art. 39 regolamento di procedura della Corte, *Al-Shujaa e altri c. Belgio*, ric. n. 52208/22 e altri 142 e *Niazai e altri c. Belgio*, ric. n. 55140/22 e 16 altri

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 20 dicembre, *S.H. c. Malta*, ric. n. 37241/21

**Giurisprudenza nazionale**

Corte di Cassazione, Sez. Sesta-1 Civile, ordinanza del 2 dicembre 2022, n. 35526

**Giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea**

Corte di giustizia, sentenza del 1° dicembre 2022, causa C 564/21, *BU c. Bundesrepublik Deutschland (Federal Republic of Germany)*

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 11, par. 1, Direttiva 2013/32/UE – Art. 23, par. 1, Direttiva 2013/32/UE – Accesso alle informazioni contenute nel fascicolo del richiedente – Integralità del fascicolo – Informazione scritta

**Fatto:** Il BAMF (Ufficio Federale per la Migrazione e i Rifugiati) re-

spingeva la domanda di asilo di BU in forza di un parere reso da un agente incaricato di questioni relative al Paese di origine dell'interessato, il cui contenuto veniva citato nell'esposizione dei fatti contenuta nella decisione. L'agente in questione apponeva la propria firma autografa sulla decisione, digitalizzava e salvava il documento nel fascicolo amministrativo elettronico dell'interessato, e consegnava a quest'ultimo una copia stampata di tale documento. L'originale della decisione, invece, veniva distrutto. Il ricorrente impugnava la decisione del BAMF, che si costituiva in giudizio producendo il fascicolo elettronico del richiedente, completato dal parere sul Paese di origine, sotto forma di diversi documenti distinti in formato PDF, nonché di un insieme di dati strutturali in formato XML (per la cui lettura è necessario un software adeguato, pubblicamente accessibile e scaricabile gratuitamente online). Il fascicolo era privo di una numerazione continua delle pagine. Il rappresentante di BU chiedeva al BAMF di trasmettergli il fascicolo amministrativo completo, sotto forma di file unico in formato PDF e contenente una numerazione continua delle pagine. Il BAMF si oppose a tale richiesta. Il giudice davanti al quale pendeva la controversia decideva allora di sollevare alcune questioni pregiudiziali innanzi alla Corte di giustizia, riguardanti l'interpretazione delle seguenti norme della direttiva 2013/32: a) l'art. 23, par. 1, che assicura che l'avvocato o altro consulente legale che assiste o rappresenta un richiedente asilo abbia accesso alle informazioni sulla cui base è o sarà presa una decisione; b) l'art. 11, par. 1, che richiede che le decisioni sulle domande di protezione internazionale siano comunicate per iscritto.

**Esito/punto di diritto:** La Corte afferma, innanzitutto, che l'art. 23, par. 1, della direttiva 2013/32, letto in combinato disposto con l'art. 46, parr. 1 e 3, del medesimo atto e con l'art. 47 della Carta DFUE, non osta a una prassi amministrativa nazionale in forza della quale l'autorità che ha statuito su una domanda di protezione internazionale trasmette al rappresentante del richiedente una copia del fascicolo elettronico relativo a tale domanda sotto forma di una sequenza di file distinti in formato PDF, priva di una numerazione continua delle pagine e la cui struttura può essere visualizzata mediante un software gratuito e liberamente accessibile online. Questo metodo di comunicazione, tuttavia, deve: a) garantire l'accesso a tutte le informazioni rilevanti per la difesa del richiedente contenute nel fascicolo e in base alle quali è stata adottata la decisione; b) fornire una rappresentazione il più possibile fedele della struttura e della cronologia di tale fascicolo, salve le circostanze in cui gli obiettivi di interesse pubblico ostano alla divulgazione di determinate informazioni al rappresentante del

richiedente. In secondo luogo, la Corte interpreta l'art. 11, par. 1, nel senso che la decisione sulla domanda di protezione internazionale non deve necessariamente essere munita della firma dell'agente autore di tale decisione, per integrare il requisito della comunicazione per iscritto. Infatti, la forma scritta mira a consentire al destinatario di prendere conoscenza della portata giuridica, delle modalità di applicazione e della motivazione di tale atto, anche ai fini di un eventuale ricorso (v., in tal senso, sentenza *Mahdi*), mentre la firma mira solamente a garantire che l'atto sia certo quanto al suo autore e al suo contenuto. Quindi, non può ritenersi illegittima una prassi amministrativa consistente nel digitalizzare l'originale firmato di una decisione vertente su una domanda di protezione internazionale, nel distruggerlo successivamente e nel conservare la versione digitale di tale decisione in un fascicolo elettronico.

Corte di giustizia, 22 dicembre 2022, causa C-279/2, *Udlændingenævnet* (*Esame linguistico imposto agli stranieri*)

**Categoria:** Immigrazione

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Accordo di associazione CEE-Turchia – Art. 13, Decisione n. 1/80 – Ricongiungimento familiare – Integrazione – Esame di lingua

**Fatto:** X entrava in Danimarca nel 2015 e presentava una domanda di permesso di soggiorno a titolo di ricongiungimento familiare con il proprio coniuge, Y, cittadino turco in possesso di un permesso di soggiorno permanente in Danimarca. La domanda, tuttavia, veniva respinta con la motivazione che X non aveva soddisfatto la condizione del superamento di un esame di lingua danese e che non esistevano ragioni specifiche che giustificassero una deroga a tale requisito. X impugnava il provvedimento di rigetto dinnanzi al giudice del rinvio, che si rivolgeva alla Corte di giustizia in merito all'interpretazione della decisione n. 1/80, relativa allo sviluppo dell'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia. Il giudice del rinvio domanda se una normativa nazionale che subordina il ricongiungimento familiare tra un lavoratore turco legalmente residente in uno Stato membro e il suo coniuge al superamento di un esame di conoscenza della lingua ufficiale di detto Stato membro costituisca una «nuova restrizione», ai sensi dell'art. 13 della decisione n. 1/80<sup>1</sup>. In caso affermativo, il

<sup>1</sup> L'articolo 13 della decisione n. 1/80 prevede una clausola di *standstill* che vieta agli Stati membri dell'UE e alla Turchia «di introdurre nuove restrizioni sulle condizioni d'accesso all'occupazione dei lavoratori e dei loro familiari che si trovino sui loro rispettivi territori in situazione regolare quanto al soggiorno e all'occupazione».

giudice del rinvio chiede se tale condizione possa essere giustificata dall’obiettivo consistente nel garantire un’integrazione riuscita del coniuge.

**Esito/punto di diritto:** La Corte afferma che il superamento di un esame attestante un determinato livello di conoscenza della lingua danese – requisito introdotto dopo la data di entrata in vigore in Danimarca della decisione n. 1/80 – comporta un inasprimento delle condizioni che disciplinano l’ingresso nel territorio danese dei coniugi di lavoratori turchi legalmente residenti in tale Stato membro rispetto a quelle che erano applicabili in precedenza. Dunque, tale normativa nazionale costituisce una «nuova restrizione» ai sensi dell’art. 13 della decisione n. 1/80. Questa, pur non essendo giustificata da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica di cui all’art. 14, par. 1, della medesima decisione, ha quale obiettivo l’integrazione del familiare che chiede la concessione di un diritto di soggiorno nello Stato membro interessato ai fini del ricongiungimento familiare. La Corte ha già chiarito che tale obiettivo può costituire un motivo imperativo di interesse generale, ai fini della decisione n. 1/80 (cfr. sentenza *Genc* e sentenza *Udlændingenævnet*). Rileva poi che la conoscenza della lingua danese da parte di un lavoratore turco residente in Danimarca è utile a consentire a tale lavoratore di agevolare il familiare che chiede il ricongiungimento familiare nel suo processo di integrazione. D’altro canto, però, la normativa in questione non permette di valutare le capacità di integrazione del lavoratore residente in Danimarca che prescindono dal superamento dell’esame di lingua. Infatti, essa non consente di prendere in considerazione, ai fini di una possibile deroga all’obbligo di superamento dell’esame linguistico, fattori idonei a dimostrare l’effettiva integrazione del lavoratore turco interessato dalla domanda di ricongiungimento familiare e, pertanto, il fatto che, nonostante non abbia superato tale esame, il lavoratore possa, in caso di necessità, contribuire all’integrazione del suo familiare nello Stato membro. La normativa danese si pone quindi in contrasto con la decisione n. 1/80, poiché introduce una restrizione non proporzionata all’obiettivo dalla stessa perseguito.

\* \* \* \* \*

### **Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo**

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza dell’8 dicembre 2022, *M.K. e altri c. Francia*, ric. nn. 34349/18, 34638/18 e 35047/18

**Categoria:** Immigrazione, Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 6 CEDU – Accoglienza – Asilo – Sovraffollamento – Misure provvisorie *ex art.* 39 Regolamento di procedura della Corte

**Fatto:** I ricorrenti sono richiedenti asilo di nazionalità congolese e georgiana. Giunti in Francia in diverse occasioni, presentavano un'istanza per ricevere alloggio e assistenza, informando le competenti autorità della presenza di minori e di persone malate. A fronte delle proprie precarie condizioni, adivano il tribunale amministrativo di Tolosa, che, decidendo con procedura d'urgenza, ordinava all'amministrazione competente di fornire una sistemazione adeguata ai ricorrenti. La decisione rimaneva ineseguita. I ricorrenti si rivolgevano quindi alla Corte europea dei diritti dell'uomo che, con ordine emanato *ex art. 39* del proprio regolamento di procedura, indicava alla Francia di fornire alloggio e assistenza.

**Esito/punto di diritto:** I ricorrenti invocano una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU in quanto lo Stato francese ha mancato di dare esecuzione a una decisione giudiziaria resa in loro favore. La Corte, preliminarmente, afferma che la decisione di concedere o rifiutare un alloggio in una situazione di bisogno costituisce "un diritto di carattere civile" ai sensi e ai fini dell'art. 6, par. 1, della Convenzione. La norma, pertanto, risulta pienamente applicabile al caso dei ricorrenti. Osserva, quindi, che il Governo francese non aveva adeguatamente supportato le proprie argomentazioni secondo cui, all'epoca dei fatti, le strutture di accoglienza interessate avevano raggiunto il punto di saturazione, i fondi per coprire il costo della sistemazione dei ricorrenti in albergo erano insufficienti e l'esecuzione dei provvedimenti emanati in loro favore si fosse rivelata in pratica particolarmente complessa. Preso dunque atto dell'atteggiamento passivo delle competenti autorità, tenute a far rispettare le decisioni del tribunale amministrativo, ancor più in controversie coinvolgenti la tutela della dignità umana di persone in situazione di particolare vulnerabilità, la Corte conclude all'unanimità nel senso di una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU da parte della Francia.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 dicembre 2022, *W.A. e altri c. Ungheria*, ric. n. 64050/16 e altri 2

**Categoria:** Asilo, Frontiere

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 3 CEDU – Ungheria – Serbia – zona di transito di Röske – Refoulement

**Fatto:** I ricorrenti sono richiedenti asilo siriani. Giunti nel 2016 in Ungheria dalla Serbia, entravano nella di zona di transito di Röske, al confine tra i due Paesi, e avanzavano domanda d'asilo. Le richieste venivano respinte in quanto inammissibili, la Serbia dovendo essere considerata un Paese terzo sicuro secondo le autorità ungheresi. Seguiva un provvedimento di espulsione che i ricorrenti tentavano di contestare in sede giurisdizionale, senza alcun risultato.

**Esito/punto di diritto:** Richiamando la sentenza resa nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, la Corte dichiara, all'unanimità, che lo Stato ungherese ha violato l'obbligo procedurale discendente dall'art. 3 CEDU nel senso di valutare, prima dell'espulsione, la situazione di rischio presente in Serbia. In particolare, la presunzione generale secondo cui la Serbia era un Paese terzo sicuro non era stata sufficientemente comprovata, ponendosi peraltro in contrasto con quanto evidenziato dall'UNHCR, secondo cui, all'epoca dei fatti, i respingimenti in Serbia risultavano associati al rischio di *refoulement* a catena verso la Macedonia del Nord e la Grecia. Tali valutazioni, secondo la Corte, rendono superfluo l'esame relativo alla violazione sostanziale dell'obbligo di *non-refoulement* ex art. 3 CEDU, tanto dal punto di vista della situazione individuale dei ricorrenti quanto in ordine al possibile rischio per questi ultimi di vedersi negate adeguate condizioni di accoglienza in Serbia.

Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 16 dicembre 2022, misure provvisorie ex art. 39 regolamento di procedura della Corte, *Al-Shujaa e altri c. Belgio*, ric. n. 52208/22 e altri 142 e *Niazai e altri c. Belgio*, ric. n. 55140/22 e 16 altri

**Categoria:** Asilo, Immigrazione

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Misure provvisorie ex art. 39 Regolamento di procedura della Corte – Richiedenti asilo – Accoglienza – Belgio – Comunicazione al Comitato dei Ministri

**Fatto:** Da settembre a dicembre 2022 la Corte di Strasburgo ha ricevuto richieste di misure cautelari ai sensi dell'art. 39 del proprio Regolamento di procedura da parte di 832 ricorrenti, richiedenti asilo di varie nazionalità, tra cui 58 minori non accompagnati. I ricorrenti si trovano in Belgio e sono privi di alloggio. Alcuni di essi avevano adito il Tribunale del lavoro di Bruxelles e ottenuto decisioni definitive che intimavano a Fedasil (l'Agenzia federale belga per i richiedenti asilo) di fornire alloggio e assistenza. Le decisioni erano rimaste tuttavia ineseguite. I ricorrenti hanno allora deciso di rivolgersi alla Corte EDU chiedendo la tutela cautelare dei propri diritti ai sensi degli artt. 3, 6, 8 e 13 CEDU.

**Esito/punto di diritto:** La Corte concede misure provvisorie in favore di 160 richiedenti che avevano ottenuto decisioni interne divenute definitive. Ordina al governo belga di ottemperare alle decisioni del Tribunale del lavoro di Bruxelles e di fornire alloggio ai ricorrenti in questione e l'assistenza materiale per soddisfare i loro bisogni primari. La Corte decide, inoltre, ai sensi dell'art. 39, par. 2, del proprio Regolamento di procedura, di dare avviso del provvedimento cautelare al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 dicembre, *S.H. c. Malta*, ric. n. 37241/21

**Categoria:** Asilo, Frontiere

**Parole chiave/Norme rilevanti:** Art. 3 CEDU – Art. 13 CEDU – Espulsione – Bangladesh – Malta

**Fatto:** Il ricorrente è un giornalista originario del Bangladesh. Nel corso delle elezioni governative del 2018 aveva riportato casi di corruzione e irregolarità da parte del principale partito politico del Paese. Ne erano seguite minacce e atti di violenza che avevano costretto il ricorrente ad abbandonare il Paese. Egli poi giungeva a Malta nel 2019, dove avanzava richiesta d'asilo. La richiesta veniva respinta e il ricorrente veniva posto in detenzione e raggiunto da un provvedimento di espulsione, la cui esecuzione veniva tuttavia sospesa *ex art. 39* del regolamento di procedura della Corte EDU. Davanti alla medesima Corte, il ricorrente lamentava violazioni dell'art. 3 CEDU, nonché dell'art. 13 in congiunzione con l'art. 3, poiché le autorità dello Stato convenuto non avevano effettuato una valutazione individuale, obiettiva e imparziale della sua domanda di protezione, ignorando i fatti pertinenti e la documentazione presentata, avendo assunto la deliberazione di allontanarlo sulla sola base della nazionalità.

**Esito/punto di diritto:** La Corte constata che il ricorrente non aveva beneficiato di alcuna assistenza legale nella preparazione della domanda di asilo, durante il colloquio e il successivo procedimento, fino a pochi giorni prima della decisione. Nota, in generale, che le procedure in questione avevano avuto lungo durante la pandemia di Covid-19, vale a dire, in un periodo di forti limitazioni in cui richiedenti asilo detenuti avevano ancora meno probabilità di ottenere accesso all'assistenza legale, da parte di avvocati o membri delle ONG. Nello specifico, poi, le autorità maltesi non avevano fornito alcuna spiegazione in merito al motivo per cui le prove presentate dal ricorrente non fossero state prese in considerazione, né le stesse avevano proceduto a un'ulteriore verifica dei materiali, ovvero chiesto al ricorrente di fornire ulteriori chiarimenti. Ciò si rendeva ancor più doveroso tenuto conto che il ricorrente non era rappresentato e che era stato posto in detenzione nei mesi precedenti la decisione sulla sua domanda d'asilo. Pertanto, la Corte riscontra all'unanimità una violazione dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 3 CEDU, il ricorrente essendo stato privato di una rigorosa valutazione individuale della sua domanda di asilo e del rischio in relazione alla sua posizione di giornalista, soggetto a violenze e minacce nel Paese d'origine. Ritiene, inoltre, che l'espulsione del ricorrente verso il Bangladesh, in assenza di un nuovo esame rigoroso della sua situazione individuale, si porrebbe in contrasto con l'art. 3 CEDU.



\* \* \* \* \*

**Giurisprudenza nazionale**

Corte di Cassazione, Sez. Sesta-1 Civile, ordinanza del 2 dicembre 2022, n. 35526

**Categoria:** Asilo

**Parole chiave/Norme rilevanti:** *Status* di rifugiato – Persecuzione per motivi religiosi – Libertà di manifestazione del culto – Ingerenza statale – Credibilità

**Fatto:** Una richiedente asilo, di origine cinese, presentava domanda di protezione internazionale, adducendo il timore di subire persecuzioni per motivi religiosi, a causa della sua adesione alla congregazione religiosa denominata Chiesa evangelica. La domanda, tuttavia, veniva rigettata dalla Commissione territoriale, dal Tribunale in primo grado e dalla Corte d'Appello. La richiedente, dunque, impugnava il rigetto innanzi alla Corte di Cassazione, adducendo, tra i motivi di gravame: a) la mancanza di motivazione in punto di credibilità della richiedente; b) la mancanza di una valutazione adeguata – tramite l'utilizzo di COI o altre fonti – circa l'effettiva sussistenza dei presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria.

**Esito/punto di diritto:** La Corte di Cassazione accoglie il ricorso e rinvia alla Corte d'Appello per una nuova valutazione della situazione giuridica della richiedente. In particolare, evidenzia che, in caso di asserito rischio di persecuzione per motivi religiosi, il giudice di merito è tenuto a valutare in concreto se l'ingerenza da parte dello Stato di origine della richiedente nella sua libertà di manifestare il proprio culto: a) sia prevista dalla legge; b) sia diretta a perseguire almeno un fine legittimo; c) costituisca una misura necessaria e proporzionata al perseguimento di tale fine (cfr. anche Cass. Civile, 1° luglio 2022, n. 20990; Cass. Civile, 25 maggio 2022, n. 16890; Cass. Civile, 24 marzo 2022, n. 9586; Cass. Civile, 17 novembre 2021, n. 35102). Al contrario, nel caso di specie, è stata esclusa a priori l'eventualità che i limiti alla libertà di culto previsti dall'ordinamento del Paese di origine possano essere privi di una giustificazione compatibile con la tutela dei diritti umani.