

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2019 | anno XIV



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI



Consiglio Regionale della Puglia

Servizi per il cittadino

Innovazione

Didoc 4.0: piattaforma web collaborativa, accessibile, open source, interoperabile e tecnologicamente neutrale in grado di «orchestrare» i processi amministrativi e attuare una intelligente, efficace e partecipata Pubblica Amministrazione digitale senza carta, attraverso il paradigma dati registrazione - processo - ruolo.

Infopoint

Accoglie, ascolta, informa e favorisce la trasparenza, la comunicazione e la partecipazione, facilitando l'accesso ai documenti e alle procedure amministrative del Consiglio Regionale della Puglia, di tutte le sue strutture collegate e della Regione Puglia. Consultazione leggi, delibere, regolamenti regionali, Bollettino Ufficiale della Regione. Ricerche tematiche sulla legislazione regionale.

Cittadinanza Attiva

Iniziative per le scuole:

- I ragazzi di Puglia in visita al Consiglio Regionale
- Giovani in Consiglio: da Osservatori a Protagonisti
- Pillole di... Sicurezza! Educazione alla sicurezza stradale
- Moro Vive

Eventi per la conservazione della memoria storica e la valorizzazione dell'identità pugliese, anche in collaborazione con l'Ipsaic e tramite la linea editoriale "Leggi la Puglia"

Iniziative a favore dei disabili e per il dialogo interculturale.

Sito internet e profilo facebook costantemente aggiornati, dirette streaming sedute del Consiglio, archivio digitale delle assemblee e della normativa.

Portale Trasparenza completo.

Articolazioni

Biblioteca "Teca del Mediterraneo"

Co.Re.Com Comitato Regionale per le Comunicazioni

Organismo di parità: Consulta femminile

Garante regionale dei diritti del minore

Garante regionale dei diritti delle persone con disabilità

Garante regionale dei diritti delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale

Contatti tel.: 080.540.2772 e-mail: infopoint@consiglio.puglia.it

Via Capruzzi 212 - via Giulio Petroni 19/A—70124 Bari

Sito web: www.consiglio.puglia.it | <http://biblioteca.consiglio.puglia.it>

Studi sull'integrazione europea

numero 1 • 2019 | anno XIV

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione
Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

Comitato scientifico

Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio, Paolo Fois, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Paolo Mengozzi, Bruno Nascimbene, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesauero, Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghì

Comitato di redazione

Ivan Ingravallo (coordinatore), **Francesco Cherubini, Valeria Di Comite, Micaela Falcone, Teresa Maria Moschetta, Giuseppe Morgese, Egeria Nalin, Ilaria Ottaviano, Angela Maria Romito, Roberto Virzo**

Revisione abstracts a cura di **Denise Milizia**

Comitato dei referees

Roberto Adam, Chiara Amalfitano, Roberto Baratta, Francesco Bestagno, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico, Susana Cafaro, Cristina Campiglio, Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Gianluca Contaldi, Carmela Decaro, Patrizia De Pasquale, Marcello Di Filippo, Giuseppe Di Gaspere, Angela Di Stasi, Ugo Draetta, Fabio Ferraro, Pietro Gargiulo, Italo Garzia, Edoardo Greppi, Massimo Iovane, Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Gerardo Martino, Roberto Mastroianni, Luciano Monzali, Paola Mori, Francesco Munari, Lina Panella, Franca Papa, Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Lucia Serena Rossi, Girolamo Strozzi, Marisa Tufano, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti

www.studisullintegrazioneeuropea.eu

Studi sull'integrazione europea è presente in Academia.edu, ACNP, DO.GI., ESSPER e Google Scholar.

Direzione e Redazione

c/o **Cacucci Editore – Via Nicolai, 39 – 70122 BARI – Tel. 080.5214220**

<http://www.cacucci.it> e-mail: rivistastudi@gmail.com

A tali indirizzi vanno inviati corrispondenza e libri per eventuali recensioni o segnalazioni.

La Direzione della Rivista comunica che i contributi in essa pubblicati sono sottoposti a referaggio anonimo, con la sola eccezione di quelli caratterizzati dalla particolare autorevolezza scientifica o dalla specifica competenza dell'Autore nell'argomento trattato.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2019 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Autorizzazione del Tribunale di Bari del 22/03/2006 n° 19
Direttore responsabile: ENNIO TRIGGIANI

Sommario



ARTICOLI

Ennio TRIGGIANI <i>Deficit</i> democratico o di sovranità? Il <i>rebus</i> politico-istituzionale dell'Unione europea	9
Giandonato CAGGIANO Brevi riflessioni sugli equilibri politico-istituzionali nella prospettiva dell'elezione del Parlamento europeo del 2019	19
Isabel VEGA MOCOROA Il sistema delle risorse proprie nell'UE post-Brexit: un'occasione per la riforma	29
Stefano GIUBBONI L'Unione europea e le relazioni sindacali: un bilancio critico	59
Francesco MUNARI L'economia circolare e le nuove regole dell'Unione europea sui rifiuti	77
Pia ACCONCI L'inclusione del "right to regulate" negli accordi internazionali in materia di investimenti. Considerazioni in margine alla posizione dell'Unione europea	89
Giulia D'AGNONE Recenti modifiche legislative in tema di aiuti di Stato tra centralizzazione dei controlli sulle notifiche e decentralizzazione delle procedure di recupero	107
Antonio J. PALMA Il principio della protezione più estesa nel sistema europeo multilivello di tutela dei diritti umani: per un confronto teorico-pratico tra l'art. 53 della CEDU e l'art. 53 della Carta di Nizza	129

NOTE E COMMENTI

Andrea CANNONE

La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare *GIEM s.r.l. e altri c. Italia* del 28 giugno 2018: brevi osservazioni 155

Maria Cristina CARTA

I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo: i limiti del "dialogo" tra Corti 161

Alice PISAPIA

Maternità surrogata *versus* libera circolazione nel mercato interno 187

Edoardo Alberto Rossi

Data protection nei rapporti transnazionali tra imprese. Aspetti problematici della Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa e del regolamento (UE) 679/2016 209

RECENSIONI

J. VAN DER HARST, G. HOOGERS, G. VOERMAN (eds.), *European Citizenship in Perspective. History, Politics and Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018 (A.M. Romito) 233

Libri ricevuti 237

Indice degli autori 239

Summary



ARTICLES

Ennio TRIGGIANI Sovereignty or Democratic Deficit? The Political-institutional <i>rebus</i> of the European Union	9
Giandonato CAGGIANO Brief Reflections on the Political-Institutional Balance in View of the Election of the European Parliament in 2019	19
Isabel VEGA MOCOROA The EU's Own Resources System after Brexit: A Chance for Reform	29
Stefano GIUBBONI The EU and Industrial Relations: A Critical Appraisal	59
Francesco MUNARI Circular Economy and the New EU Regime on Waste	77
Pia ACCONCI The Reference to the 'Right to Regulate' in International In- vestment Treaties. The Position of the European Union	89
Giulia D'AGNONE Recent Amendments to Law No. 234/2012 on State Aid, be- tween the Centralisation of Controls over Notifications and the Decentralisation of Recovery Procedures	107
Antonio J. PALMA The Principle of the Widest Protection in the European Multi- level System of Safeguard of Human Rights: A Theoretical and Practical Comparison between Article 53 of the ECHR and Article 53 of the Charter of Nice	129

NOTES AND COMMENTS

Andrea CANNONE The Great Chamber Judgment of the European Court of Human Rights in the Case <i>GIEM s.r.l. and others v. Italy</i> (June 28 th , 2018): Short Remarks	155
Maria Cristina CARTA ‘Levels’ of Protection of Human Rights in the European Legal Environment: Limits of the ‘Dialogue’ between the Courts	161
Alice PISAPIA Surrogate Maternity <i>versus</i> Free Movement in the Internal Market	187
Edoardo Alberto ROSSI Data Protection within Cross-border Relationships between Companies. Some Problematic Issues of the Council of Europe Convention No. 108 and Regulation (EU) 2016/679	209

BOOK REVIEWS

J. VAN DER HARST, G. HOOGERS, G. VOERMAN (eds.), <i>European Citizenship in Perspective. History, Politics and Law</i> , Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018 (A.M. Romito)	233
Books received	237
List of contributors	239



Articoli

Ennio Triggiani*

Deficit democratico o di sovranità? Il *rebus* politico-istituzionale dell'Unione europea**

SOMMARIO: 1. Evoluzione del concetto di sovranità nell'odierno mondo globalizzato. – 2. Inadeguatezza del livello intergovernativo per la soluzione dei problemi nell'Unione europea. – 3. Pace e diritti fondamentali alla base del processo d'integrazione europea. – 4. Incapacità degli Stati nazionali di esercitare poteri effettivi di governo e crisi della democrazia "sostanziale". – 5. Sovranità europea in assenza di un popolo europeo. – 6. Conclusioni.

1. È recente il braccio di ferro, sul rispetto dei vincoli ai quali è sottoposta l'approvazione del bilancio, fra la Commissione europea e il governo italiano il quale, nell'allontanarsi dagli obblighi assunti, ha rivendicato in sostanza, pur senza gran successo, i propri poteri sovrani e adeguati spazi di autonomia nelle scelte di politica economica. Il centro della controversia è, quindi, costituito dalla odierna concezione della sovranità e come questa venga a porsi per gli Stati membri nell'ambito del processo d'integrazione europea. Ed è in essa che con più forza si pone, di conseguenza, il tema dei rapporti con la democrazia quale profilo centrale nell'analisi delle trasformazioni della statualità negli ultimi decenni, in conseguenza dell'allargamento della base sociale su cui si impianta il potere sovrano. La globalizzazione crescente di compiti che erano in precedenza monopolio esclusivo dello Stato rende, pertanto, prioritaria la riflessione sulla legittimazione democratica delle organizzazioni politiche post nazionali rispetto alle modalità di controllo dei poteri trasferiti in sede sovranazionale.

In altri termini, si pone anzitutto la questione della qualità democratica della struttura istituzionale dell'Unione, a seguito del trasferimento ad essa di poteri sovrani dagli Stati membri, per la verifica dell'esistenza nell'UE di un corrispondente livello di garanzie democratiche che ne avvalorino la legittimazione; e cioè la "transnazionalizzazione della democrazia". Ho parlato di "poteri sovrani" proprio in quanto è nei "poteri" l'essenza della sovranità. Non è certo questa la sede per un'analisi, per di più se filosofica, del concetto in questione e della sua evoluzione storica, ma dal punto di vista del giurista è indubbio che esso oggi esprime il potere

* Professore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

** Il presente scritto riproduce la relazione presentata al Convegno "Sovranazionalità e tendenze sovraniste: quali prospettive per l'Unione", svoltosi all'Università degli studi di Napoli "Parthenope" il 30 novembre/1° dicembre 2018.

e i soggetti che lo detengono. E che esso dovrebbe appartenere al popolo anche se nei limiti di norma previsti dai dettati costituzionali per evitare tentazioni di stampo giacobino.

D'altro canto, bisogna altresì chiedersi se, nel quadro dell'odierna globalizzazione, l'esercizio di alcuni poteri in capo agli Stati sia effettivo o apparente in particolare rispetto alla dimensione "esterna" della sovranità. E cioè se lo stesso dibattito sul rispetto degli idonei requisiti democratici in ordine a tale trasferimento debba invece proiettarsi sul livello ultranazionale nel cui ambito si spiega l'effettività dell'esercizio di molti dei poteri in questione.

2. L'Unione è indubbiamente terreno privilegiato della più importante sperimentazione in proposito e, parlando di maggiore democratizzazione istituzionale, il riferimento non può che essere principalmente riferito al ruolo giocato, nel sistema, dal Parlamento europeo quale diretta rappresentanza dei cittadini europei.

Questa interdipendenza, esistente su scala globale, è infatti ben più solida e significativa nell'ambito di un processo come quello europeo consolidatosi in decenni di rilevante integrazione non solo economica ed ulteriormente approfonditosi attraverso la creazione di una moneta unica, potendo così qualificarsi come "Ente a fini generali". È del resto indiscutibile che la prosperità del nostro Continente (latamente intesa pur nelle contraddizioni interne al suo sviluppo disomogeneo) deriva dalle rilevanti interconnessioni economiche sia al suo interno che con il resto del mondo.

Nell'analisi della difficile convivenza fra le due anime intergovernativa e sovranazionale che caratterizza l'Unione, la riforma di Lisbona aveva apparentemente favorito quest'ultima soprattutto attraverso il consistente ampliamento dei poteri del Parlamento europeo in chiave co-decisionale legislativa e di bilancio, con un richiamo al bicameralismo di tipo federale pur con la permanente esclusione di importanti settori quali la fiscalità e la politica estera. Per contro, si è però avuto un rilevante rafforzamento del Consiglio europeo, divenuto una nuova istituzione, affidando così un ruolo centrale alla più alta espressione intergovernativa per di più vincolata alla decisione unanime per le sue competenze principali. Per non parlare sia dei numerosi condizionamenti posti sulla Commissione, mantenuta nella sua pletorica composizione dai continui rinvii sul pur previsto ridimensionamento numerico, sia dei pasticci sul voto a maggioranza nel Consiglio sottoposto a mille distinguui e paletti, sia ancora dei consistenti interventi convenzionali esterni al sistema dell'Unione dettati dalla crisi economica (meccanismo europeo di stabilità, *fiscal compact*), o derivanti da istituzioni indipendenti quali la BCE. Sotto più profili è stata pertanto confermata l'esclusione della partecipazione del Parlamento europeo e dei controlli di natura sia democratica che giudiziaria, con un conseguente parziale disancorarsi dal quadro generale dei "valori" fondamentali, enunciati dall'art. 2 TUE. Con il "diritto europeo dell'emergenza" si sono così ulteriormente vanificati i passi avanti nella maggiore legittimazione democratica dell'Unione pur registratisi con Lisbona, recuperando la logica del diritto internazionale e quindi della sovranità statale.

In questo quadro va per di più considerata la debolezza del sistema politico-partitico europeo, a causa della scarsa vitalità del relativo sistema di istituzioni intermedie, nonostante il richiamo al ruolo dei partiti politici a livello "comunitario";

questo è però oggi pressoché inesistente per mancanza della loro ristrutturazione su base continentale e non è certo favorito dalla mancanza di liste elettorali transnazionali nelle elezioni del Parlamento europeo, che andrebbero più decisamente “europeizzate” per almeno attenuarne la frequente dipendenza dalla sommatoria di logiche politiche nazionali in esso presenti.

Inoltre, la moltiplicazione dei processi decisionali con la creazione di un vero e proprio labirinto deliberativo ne riduce la trasparenza, evidenziando un profilo di criticità rilevante soprattutto in un ordinamento che vede persone fisiche e giuridiche dirette co-protagoniste dello stesso. Peraltro, nello stesso TUE sia la sopravvenuta precarietà dell'*acquis* (art. 48) che la formalizzazione del recesso (art. 50) appaiono a loro volta esprimere un indiscutibile rafforzamento della componente intergovernativa.

In altri termini, gli Stati membri pur cedendo considerevoli poteri all'Unione ne hanno continuato a mantenere un ampio controllo attraverso la loro prevalente presenza nel relativo equilibrio dei poteri dell'assetto istituzionale; ed è in fondo la “democrazia” degli Stati a permeare ancora il sistema comunitario. D'altronde, per la stessa Corte costituzionale di Germania, nella nota sentenza del 30 giugno 2009, finché gli Stati rimangono i padroni dei Trattati istitutivi della Comunità e dell'Unione europea, sono essi che stabiliscono ancora le regole del gioco di molte relazioni inter e intra-statali.

C'è però da chiedersi se il livello intergovernativo, con la ancora ingombrante presenza diretta o indiretta del meccanismo decisionale dell'unanimità, rappresenti oggi il livello più idoneo per la soluzione degli enormi problemi che la comunità internazionale pone all'Europa. Sussiste, infatti, il concreto rischio che quella crisi dello Stato nazionale alla base dell'integrazione europea “contamini” le stesse istituzioni di questa proprio in quanto troppo condizionate dagli Stati membri.

Sarebbe allora necessaria una riqualificazione del sistema istituzionale in più adeguati livelli sovranazionali. In realtà, questa seconda opzione parrebbe lontana dal potersi realizzare partendo dalla considerazione che già, a mio avviso, Lisbona non ha rappresentato un passo avanti efficace rispetto al cammino verso la nascita di una sovranità europea distinta da quella degli Stati nazionali. E negli ultimi anni, il quadro dal punto di vista politico appare decisamente peggiorato considerato l'emergere in molti Stati membri di sentimenti nazionalisti che si muovono in direzione decisamente contraria rendendo l'Unione ostaggio degli interessi egoistici degli stessi.

Resta, peraltro, il problema della entrata in crisi della coincidenza fra spazio territoriale, ambito della sovranità statale e dimensione della comunità politica, che ha fatto da sfondo al processo di consolidamento dello Stato costituzionale democratico.

3. È così indubbio che i passi avanti nel superamento del c.d. *deficit* democratico, evidenziati altresì ad esempio (anche se più in astratto che concretamente) dal diritto di iniziativa popolare, rischiano di essere parzialmente depotenziati in assenza di una riflessione sull'odierno significato del concetto di sovranità e sull'individuazione dei soggetti che la detengono con, di conseguenza, la verifica della qualità del controllo democratico rispetto all'esercizio dei relativi poteri. La nozione

di sovranità dovrebbe basarsi, come ricordava Quadri, sull'effettiva capacità di governo di una comunità, che cessa quando il relativo potere cessi di essere effettivo. È il criterio dell'effettività che costituisce il fondamento giuridico della potestà di governo. Ed è proprio alla ricerca di tale effettività che con il progetto europeo è stato parzialmente sottratto il destino dei Paesi membri al controllo e alla volontà dei loro cittadini per trasferirlo al di fuori dei loro confini nazionali, fissando nuove frontiere nella ricerca di una sovranità condivisa e proiettando i cittadini stessi in una dimensione sovranazionale dei diritti.

Il parziale successo della scelta è in proposito riscontrabile, anzitutto, nella pace proprio grazie al ridimensionamento del carattere di onnipotenza di cui nel corso degli anni si era rivestito il nazionalismo statale come indiscutibile fonte di aggressività individuando la guerra come madre degli Stati nazionali. La pace, invece, è un indiscutibile risultato dell'integrazione europea proprio perché questa, pur non cancellandoli, ha appunto ridimensionato i confini scolorendoli nelle proprie molteplici dinamiche. In questo senso, il processo di unificazione continentale deve essere considerato anche come il tentativo degli europei di riscattare il loro passato trasformando il nostro da continente di guerra in continente di pace.

Strettamente connesso al valore della pace è, inoltre, l'irrompere dell'affermazione e della tutela dei diritti fondamentali della persona. Cade definitivamente la visione dell'esclusività della sovranità statale e si afferma l'idea che i diritti fondamentali non possono essere violati neanche dallo Stato. La creazione della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il processo evolutivo delle Comunità europee costituiscono, nel nostro Continente, la prima consacrazione istituzionale di una vera e propria rivoluzione. L'affermazione e la tutela dei diritti fondamentali rappresentano, quindi, un ulteriore aspetto positivo ed efficace dell'integrazione europea, rafforzato all'inizio del terzo millennio dalla Carta di Nizza che offre il valore aggiunto di porre sullo stesso piano diritti individuali, collettivi, economici e sociali. Si tratta, tuttavia, di una parificazione che non sempre ha trovato riscontro nei fatti. Lo stesso principio di solidarietà, con forza e sotto più profili sancito da Lisbona, è per sua natura di portata sovranazionale, senza però riuscire anch'esso a trovare ancora adeguata applicazione se solo si pensa alla questione dei flussi migratori (art. 80 TFUE). Tale principio dovrebbe invece dare pieno contenuto alla cittadinanza dell'Unione, da forgiare sul fondamento della dignità della persona quale cemento dell'integrazione delle diverse identità unificate dal comune progetto di sviluppo. In altri termini, più cittadini in senso pieno che consumatori.

4. La ricerca di una capacità di governo effettiva attraverso il livello europeo e la sottolineata condivisione di sovranità sono, tuttavia, pericolosamente messe in discussione dai più recenti eventi. Mi riferisco al terremoto finanziario importato dagli Usa, poi a quello del debito sovrano, alla recessione con i suoi costi sociali. E, ancora, gli attentati terroristici, la crisi dei rifugiati, lo tsunami dell'immigrazione, la Brexit. Si tratta di un'inedita sequenza che ha fatto vacillare le fondamenta dell'Unione con, in aggiunta, una politica di gestione della crisi che ha causato tangibili ingiustizie sociali e crescente conflittualità tra le nazioni europee. Eppure, l'Unione è la risposta più alta e intelligente nella concretizzazione dell'interdipendenza che lega gli Stati i quali, sottoposti ad una reciproca e consistente influenza, vedono le

proprie sorti legate e sono costretti a godere della fiducia sia dei vicini che dei mercati. Si tratta della “horizontal accountability” teorizzata dagli studiosi della globalizzazione, per la quale ciascun governo, in misura maggiore o minore in relazione al proprio peso politico ed economico, deve rispondere non solo ai propri elettori ma anche, orizzontalmente, ad altri governi e ad altri popoli. Ciò con buona pace dei c.d. “sovranisti” per i quali esiste un concetto molto elementare della democrazia, intesa come un rapporto esclusivo, stretto soltanto tra un popolo con le sue insoddisfazioni socio-economiche e il suo governo. Gli stessi mercati, peraltro formati anche da risparmiatori grandi e piccoli, sono controllati dagli Stati ma, a loro volta, li controllano e sono pronti a colpire una politica di *deficit spending* per le economie europee a più alto debito pubblico. Per cui, solo la prosecuzione democratica del processo di integrazione può far superare questa ricaduta in una spaccatura nazionalistica dell'Europa.

Ed allora diviene indispensabile il processo in cui l'interdipendenza è stata istituzionalizzata affidando ai relativi organi la condivisione di oneri, molti, e situazioni di solidarietà, non molte. Il rispetto delle regole condivise, pur se sotto più profili sottoponibili a critiche non secondarie, e la necessità di trovare soluzioni comuni concordate costituiscono allora l'unica strada utile per evitare conseguenze anche disastrose per tutti gli Stati interessati, i quali non possono permanere nell'illusione di superare senza conseguenze gli sconvolgimenti planetari in atto rintanandosi in una ottocentesca dimensione nazionalista.

Gli Stati sono attraversati dal potere globale della finanza, delle banche, dei media, della criminalità, della mafia, del terrorismo e non sono comunque in grado da soli di affrontare problematiche per loro natura sovranazionali (si pensi all'ambiente, all'inquinamento, ai flussi migratori). È quindi chiaro che non riusciremo a risolvere i problemi globali se non con *strumenti politici globali*, restituendo alle istituzioni la possibilità di interpretare la volontà e gli interessi delle popolazioni.

Si tratta di un approccio necessario poiché assistiamo a processi che denazionalizzano procedure e istituti nati a suo tempo come statali ed ordinati intorno allo Stato, per cui la stessa “statualità”, una volta frutto della mera volontà di un sovrano, è oggi il prodotto del sistema complessivo dei soggetti operanti nello spazio globale. La questione nodale è che l'organizzazione dello Stato richiede radicali cambiamenti per adattarsi a un nuovo contesto nel quale esso è costretto a moltiplicare le relazioni intergovernative senza, peraltro, potersi più limitare ai tradizionali rapporti di natura meramente pattizia caratteristici del diritto internazionale. Il problema è che i governi nazionali sono costretti, di volta in volta, ad affrontare e risolvere problemi specifici di natura europea, ma propongono e valorizzano ancora troppo spesso soluzioni di tipo meramente intergovernativo, nel tentativo di salvare il quadro politico nazionale entro il quale si ottiene il consenso dei cittadini e si svolge la lotta tra i partiti per la conquista del potere nazionale. Nonostante gli enormi progressi compiuti dall'integrazione europea, spesso i cittadini sono indotti a conservare l'immagine che le leve del comando politico siano o dovrebbero essere nelle mani dei governi nazionali, percependo l'Unione solo come una non indispensabile superstruttura burocratica.

In realtà, il Trattato di Lisbona, pur introducendo significative innovazioni, non ha modificato l'impianto politico del sistema ed i relativi processi decisionali, come già detto, rimangono tuttora ben fondati sul controllo degli Stati nazionali.

Va ribadito che in questi decenni il trasferimento dell'esercizio di poteri sovrani, sulla base del principio di attribuzione, è stato progressivo, anche allargando la sfera di intervento dell'Europa a settori inizialmente non considerati e grazie ad una intelligente attività ermeneutica della Corte di giustizia a partire da questioni essenziali come il primato del diritto "comunitario". Ma, ricordiamo, non si è trattato di cessioni a titolo definitivo di porzioni di sovranità alle Comunità ed ora all'Unione europea. Una volta creato, d'altronde, l'ente realmente sovrano non dipende più dai soggetti che l'hanno costituito e ne sono membri ma acquisisce esso stesso il potere di autodeterminarsi. Nell'Unione, ancora organizzazione eteronoma, non esiste, invece, un potere di autorevisione dei propri fondamenti giuridico-istituzionali; e sono sempre gli Stati gli effettivi protagonisti delle istituzioni comunitarie, vuoi perché il Parlamento europeo è ancora lontano dall'essere paragonabile alle assemblee rappresentative conosciute e teorizzate dal diritto costituzionale (partecipa solo relativamente alla formazione dell'indirizzo politico) vuoi perché sono gli Stati che direttamente compongono le istituzioni comunitarie (come nel caso del Consiglio) o ne scelgono i membri (come nel caso della Commissione, sebbene in relativa 'compartecipazione' con il Parlamento europeo). E sono pur sempre gli Stati che definiscono, in notevole misura, tempi, funzioni e possibili contenuti della normazione comunitaria nonostante i pur consistenti margini di autonomia conquistati dalle istituzioni sovranazionali in senso pieno. È, quindi, perlomeno superficiale parlare di un'Unione distante e separata, contrapposta a "poveri" Stati sottoposti senza alcuna capacità di difesa ai verticistici imperativi posti dalla burocrazia dell'Unione. D'altronde, il pur interessante segnale dello scorso 12 settembre con cui il PE ha raccomandato al Consiglio di attivare la procedura dell'art. 7 TUE nei confronti dell'Ungheria, pur evidenziando un profilo di attenuazione della sovranità statale, resta limitato dal veto messo a disposizione di qualsiasi governo (anche da Stati, come la Polonia, interessati da un deferimento da parte della Commissione alla Corte di giustizia per analoghi attentati allo Stato di diritto ed in evidente conflitto di interessi).

In proposito, presenta sicuro rilievo la valorizzazione del ruolo delle Assemblee nazionali come forma di legittimazione democratica *esterna* del sistema in quanto esse si vedono conferito per la prima volta un ruolo *autonomo*, nel contesto istituzionale dell'Unione, e formalmente indipendente da quello dello Stato membro cui appartengono finora affidato esclusivamente alla rappresentanza dei governi nei Consigli. La codificazione del principio della cooperazione interparlamentare e la procedimentalizzazione del principio di sussidiarietà certo conferiscono maggiore forza al principio della democrazia rappresentativa, tuttavia esse risultano pur sempre espressione di una visione interstatale anziché integrazionista del fenomeno. Si pensi altresì al c.d. "freno d'emergenza", con cui uno Stato membro può ottenere in alcune circostanze di "passare" da un voto all'unanimità ad un voto a maggioranza qualificata per l'adozione di un atto in un determinato settore, o alle varie forme d'integrazione differenziata; ma lo stesso meccanismo delle cooperazioni rafforzate

se appare una realistica soluzione per non fermare l'integrazione ne esprime, peraltro, contestualmente una frammentazione.

Per di più, le limitazioni di sovranità si spingono, comprensibilmente, solo fino al confine segnato dai principi fondamentali degli ordinamenti nazionali. Ne sono testimonianza le ormai numerose sentenze delle Corti supreme nazionali poste a salvaguardia di questi ultimi, riconducibili nel complesso alla c.d. teoria dei controllimiti diretta a tutelare gli stessi da possibili patologie del rapporto fra ordinamento "comunitario" e ordinamento interno. Il primo ripete pur sempre la propria legittimazione dagli ordinamenti degli Stati, così come sempre negli ordinamenti degli Stati le fonti comunitarie potrebbero trovare alcuni limiti della loro possibile efficacia per i cittadini europei.

Comunque, le massime espressioni delle giurisdizioni nazionali non si sono finora mai spinte oltre il limite di pur ferme posizioni di principio. E questo grazie anche al fecondo dialogo instaurato con la Corte di giustizia di cui, per ultimo, è esemplare testimonianza la chiusura della delicata questione emersa nel caso Taricco.

Nella reciproca alimentazione tra gli ordinamenti, statuali ed europeo, la "regia" dei giudici di Lussemburgo è del resto espressione del pluridecennale lavoro dagli stessi effettuato per ricondurre l'intero processo d'integrazione alla volontà dei Padri fondatori e alla prospettiva della "unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa" (art. 1 TUE). Ma non è ad essi che si può affidare il compito, che è politico, di far operare il definitivo salto di qualità.

5. Un ostacolo, appunto politico, nel portare a compito il perfezionamento del processo di più ampia condivisione delle sovranità è certamente legato alla circostanza che la sovranità si collegherebbe strettamente al carattere unitario dell'identità del popolo sul quale e per il quale essa si determina. In proposito, la *clausola identitaria*, di cui all'art. 4, par. 2, TUE, pone a mio avviso l'identità nazionale in funzione di *limite* all'integrazione più che come *contenuto specifico dell'identità europea*, così aparendo in possibile contrapposizione alla visione di apertura europeistica espressa dall'art. 2 TUE; anche se il suo utilizzo non può che essere improntato ad un intelligente bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco evitando strumentali tentativi di riappropriazione indebita di poteri da parte degli Stati membri.

Peraltro, l'inesistenza di un popolo europeo che si ponga come base costituente diluisce la stessa politicità del Parlamento e la sua potenza progettuale. Tuttavia, se non esiste tale popolo in grado di rapportarsi in termini sovranazionali al tradizionale concetto di sovranità, bisogna comunque prendere atto che quella omogeneità storica, religiosa, culturale, linguistica caratterizzante la popolazione di ciascuno Stato oggi tende progressivamente ad attenuarsi nonostante i goffi ma pericolosi tentativi di restaurarla propagandisticamente per ricondurla a visioni ultranazionaliste e razziste. L'Unione è un "laboratorio" di una democrazia di più popoli, tipica di società complesse nelle quali la sovranità popolare non si regge più sulla unicità del *demos* ma richiede forme inedite di organizzazione della convivenza di un tessuto plurale. Il modello europeo costituisce, quindi, un esempio unico e mirabile di coesistenza fra culture *differenti* ma, allo stesso tempo, *affini* in

continuità con una tendenza storica; infatti l'Europa è stata caratterizzata, sin dal Medioevo, da una profonda unità culturale che non ha potuto svilupparsi compiutamente proprio a causa delle divisioni politiche create dalle barriere ideologiche dello Stato-nazione. Sebbene i concetti di civiltà e di identità europee siano spesso criticati a causa delle inevitabili ambiguità che sorgono non appena si cerchi di delimitarne i confini con precisione, è lecito rintracciare nella storia europea un'infinità di aspetti filosofici, letterari, scientifici, religiosi, ecc. che rappresentano un apporto certo ed originale degli europei alla storia della civiltà (e non solo di quella occidentale).

D'altronde, proprio attraverso la "convivialità delle differenze" si instaurano legami inscindibili espressione del concetto di identità plurale, il quale consente ad ogni individuo di identificarsi ad un tempo con varie comunità e gruppi, sfuggendo alla desolazione della mono-identificazione identitaria ed avendo a mente che invece i conflitti culturali son ben più profondi rispetto a quelli economici e sopravvivono agli stessi. Si tratta, in altri termini, di ridefinire le varie identità per adattare alla nuova realtà. È quell'Europa che, grazie alle sue scelte culturali basate sulla dignità della persona e il diritto alla vita, ha per esempio deciso di abolire la pena di morte inflitta dallo Stato, per la quale, dove esiste, non si parla mai di uccidere ma di giustiziare, giocando sulla terminologia con ampia dose di ipocrisia.

La speranza di un rilancio dell'UE deve nutrirsi, quindi, del suo patrimonio culturale il quale ci consente di comprendere il passato e di costruire il futuro sulle basi dello Stato di diritto. In altri termini il "popolo europeo" si forma progressivamente nella misura in cui, in quanto sviluppato sulla base della cittadinanza europea, assume la comune consapevolezza che la sostanza giuridica e democratica caratteristica degli Stati membri continui a sussistere intatta nella futura Unione federale; si tratta di preservare le rivoluzionarie conquiste costituzionali del passato e consentire alle diverse minoranze di mantenere la propria identità pur contribuendo tutte al progetto di costruzione di una democrazia partecipativa ad esempio attraverso strumenti quali il *referendum su scala europea*.

In proposito non può che salutarsi positivamente la già citata risoluzione con cui lo scorso 12 settembre il Parlamento europeo, ai sensi dell'art. 7 TUE, ha invitato il Consiglio a stabilire se esista un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori fondanti dell'Unione (art. 2 TUE). Purtroppo, la richiesta unanimità nel Consiglio europeo, al termine dell'intera procedura, rende improbabile le previste conseguenze sanzionatorie considerato che almeno la Polonia esprimerà un voto contrario. Essa, infatti, è a sua volta oggetto di un ricorso per inadempimento dinanzi alla Corte di giustizia riguardo ad una legge sulla Corte suprema che violerebbe il principio di indipendenza della magistratura, la cui applicazione è stata sospesa con ordinanza del 19 ottobre dalla vicepresidente della Corte di giustizia.

6. In conclusione, questa rivoluzione politico-istituzionale effettuata nel secolo scorso configurandosi come un costituzionalismo di sussidiarietà, in quanto di supporto o di sostegno rispetto allo Stato, ha la necessità di evolversi per innervarsi nel presente solo dandosi nuovi corpo ed anima attraverso il ricongiungimento fra diritti e poteri nella logica di una nuova "narrazione" di tipo federale; il che significa,

evidentemente, aggiuntivi ma necessari sacrifici di sovranità da parte degli Stati membri per operare una piena sintesi fra storia, mercato e democrazia. È necessario un ulteriore salto di qualità rispetto a quella che pur oggi è la forma più radicale di multilateralismo, con il passaggio dall'attuale sistema a base pattizia alla sua vera e propria costituzionalizzazione. Le dismissioni di sovranità a favore dell'Unione costituiscono il sacrificio indispensabile per poter sostenere il confronto con i potenti blocchi di potere transnazionali dinanzi ai quali le costituzioni nazionali sono sempre più indifese.

Senza la cessione di ulteriori poteri sovrani non può avere luogo una condizione democraticamente legittimata delle conseguenze delle politiche fiscali, economiche e sociali comuni. Il vero pericolo per la democrazia è, infatti, il consolidarsi di una realtà in cui la sovranità non è più sottoposta a regole e vengono esercitati poteri che i cittadini non possono controllare in quanto trasferiti in mani sconosciute e private violando i principi di prossimità e trasparenza. Il problema è che la crisi dello Stato nazionale, alla base della nascita dell'integrazione europea, sta ora investendo in termini negativi le stesse istituzioni dell'Unione nel tentativo di depotenziarne ruolo e funzionamento alla ricerca di un'impraticabile "ritorno al passato". Ma per superare tale palese contraddizione è indispensabile che i cittadini possano sentirsi realmente partecipi del recupero del protagonismo, proprio e delle nuove istituzioni che li rappresentano. Si tratta di costruire, su base non solo economica ma anche ideale, i caratteri sostanziali dello stare insieme in una casa comune per realizzare una società più giusta con ambizioni sociali in cui nessuno minaccia l'altro (*homo homini lupus*) che invece va rispettato come si rispetta un essere divino, l'*homo homini deus* di Cecilio Stazio evocato fra gli altri da Erasmo, de Vitoria, Locke, Bacon.

Gli Stati nazionali, nell'era post-ideologica, sembrano seguire più gli interessi che i principi ed è innegabile che la democrazia, fermandosi ai confini nazionali, mostra preoccupanti segni di debolezza. Essa perde progressivamente contatto con i grandi problemi contemporanei e rischia di ridursi a governare aspetti secondari della vita politica; ed il popolo rischia di essere progressivamente escluso dal controllo delle questioni determinanti per il suo avvenire. La globalizzazione è una realtà di libera circolazione degli attori ma è priva di un "progetto di società"; all'Europa spetta allora il compito di qualificare tale progetto nel proprio ambito attivando processi di costituzionalizzazione che trascendono oramai i confini degli Stati. La questione del *deficit* democratico riguarda oggi congiuntamente l'Unione e gli Stati in un comune destino politico. È quindi urgente porre in relazione la democrazia politica, che proviene storicamente dallo Stato-nazione, a quanto si sta formando al di fuori di esso in particolare nell'Europa "comunitaria" recuperando appieno il nesso fra sovranità effettiva e democrazia compiuta. Il compito è molto difficile e certo "L'Europa non cade dal cielo" come recita un bel libro di Altiero Spinelli. Ma temo che la pur irrinunciabile ora della sovranità europea sia ancora lontana.

Abstract

Sovereignty or Democratic Deficit? The Political-institutional *rebus* of the European Union

In today's globalized world, European integration is the most concrete response to the need of restoring effectiveness to the exercise of sovereignty. Globalization means rising levels of economic and cultural interdependence, motored by technological development and economic growth. However, the European nation States are no longer able to govern, for their size, important phenomena of transnational importance, also raising delicate problems of democracy. In the EU, consisting of combination of both supranational and intergovernmental elements, remaining as a traditional sovereign State and exercising its absolute powers is no longer possible. This involves the reinterpretation of sovereignty with the new concept of 'shared' sovereignty. The EU can give its citizens more democratic control over globalisation than is allowed to people in other countries. Therefore, to recover appropriate levels of effective sovereignty and full democracy it is essential to build a true federal European Union based on respect for fundamental rights making European integration, in this way, more attractive again.

Giandonato Caggiano*

Brevi riflessioni sugli equilibri politico-istituzionali nella prospettiva dell'elezione del Parlamento europeo del 2019**

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi alle elezioni del Parlamento europeo nell'attuale contesto politico-rappresentativo degli Stati membri. – 2. I partiti populistici v. democrazia rappresentativa. – 3. I partiti sovranisti per la riacquisizione della sovranità nazionale nei confronti dell'Unione europea. – 4. L'assetto democratico delle istituzioni e del Parlamento europeo. – 5. Gli schieramenti filo-europeisti, euro-critici ed euroscettici e le prospettive di riaggregazione degli attuali gruppi. – 6. La declinazione degli equilibri politico-istituzionali con le politiche dell'immigrazione e la riforma dell'UEM. – 7. Le prospettive degli strumenti di garanzia e controllo sullo Stato di diritto in Polonia e Ungheria.

1. A quarant'anni dalla sua prima elezione diretta, il rinnovo del Parlamento europeo del 2019 rappresenta una tappa importante per la verifica degli equilibri politico-istituzionali nel processo di integrazione europea. Un'occasione per il coinvolgimento dei cittadini europei che, questa volta, dovranno scegliere fra modelli diversi di integrazione europea.

La mappa geopolitica dell'Unione è molto cambiata per la nascita di partiti populistici/sovranisti e la crisi di molti partiti tradizionali in quasi tutti gli Stati membri. I movimenti indipendentisti (Scozia, Catalogna, Baviera, Corsica, Fiandre, ecc.) pretendono di trovare nell'integrazione europea una dimensione ottimale per le proprie pretese separatiste rispetto allo Stato di appartenenza.

Pur nella difficile fase della Brexit, l'Unione europea manifesta una notevole resilienza nelle materie in cui si applica il metodo comunitario. Non v'è dubbio che l'integrazione di tipo sovranazionale esercita ancora una forza attrattiva nei confronti dei cittadini europei, soprattutto per quanto riguarda il mercato interno, la tariffa doganale comune, gli accordi di libero scambio e i fondi strutturali e di coesione. L'Unione appare, invece, in crisi in quei settori in cui si applica il metodo intergovernativo e/o che sono stati costruiti nella precedente architettura "a pilastri".

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma TRE.

** Testo rivisto della relazione presentata al Convegno "Sovranazionalità e tendenze sovraniste: quali prospettive per l'Unione", svoltosi all'Università degli studi di Napoli "Parthenope" il 30 novembre/1° dicembre 2018.

Proprio nei settori meno consolidati a livello europeo (e di maggiore sensibilità politica), il processo decisionale dell'Unione mostra una crescente contrapposizione degli interessi nazionali e l'assenza di soluzioni condivise sulle necessarie riforme.

Le difficoltà di aggregazione fra Stati membri sulla base di interessi nazionali non sempre coincidenti con le affinità politiche dei governi (ad es. sulla ripartizione di quote fra gli Stati membri anti-immigrazione) e i "mini-summit" di coordinamento su molti *dossier* (ad es. nell'area Euro) sono la logica conseguenza dell'impostazione intergovernativa o del (mal)funzionamento del metodo. Quest'ultimo mette in luce la conflittualità degli interessi dei singoli Stati membri senza strumenti di mediazione, sintesi e garanzie sovranazionali.

A nostro avviso, l'ancoraggio delle politiche e del processo decisionale nazionale al c.d. vincolo esterno nei Trattati rappresenta, ancora oggi, la messa in sicurezza dei valori democratici comuni e un'assicurazione in caso di violazioni dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali. In senso politico, il vincolo esterno esprime soprattutto il valore aggiunto unificante dell'integrazione rispetto alla frammentazione delle posizioni nazionalistiche; in senso economico, il vincolo esterno protegge l'unicità e inscindibilità del mercato unico e la moneta comune contro il fallimento dei bilanci pubblici.

Se appare fisiologico che possano esservi tensioni tra i valori dell'Unione europea e il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri, la fase attuale ha visto emergere una tendenza a mettere in discussione il modello della democrazia liberale rappresentativa nel suo complesso a favore di nuovi equilibri nella ripartizione fra i poteri dello Stato, rafforzando l'esecutivo e/o la maggioranza all'interno dei parlamenti nazionali. Per definire tale evoluzione è stata proposta la terminologia di *democrazia illiberale*, che intende sottolineare la persistenza del metodo democratico, pur in un regime di progressiva attenuazione delle garanzie delle libertà e dei diritti individuali. Di conseguenza, la terminologia di "arretramento democratico" (*democratic backsliding*) si riferisce alla situazione in cui i parlamenti nazionali (liberamente eletti) introducono modifiche legislative per "catturare" le giurisdizioni e le autorità indipendenti.

L'obiettivo è quello di eliminare o ridurre "pesi e contrappesi" costituzionali al fine di consolidare la supremazia a lungo termine della maggioranza. Il primo obiettivo sensibile riguarda il ruolo, i poteri e la composizione della magistratura e, in particolare, delle corti costituzionali. In particolare, ciò sta accadendo in alcuni Stati membri di più recente ingresso nell'Unione europea dopo l'esperienza del comunismo reale.

2. Non rientra negli obiettivi di questo scritto l'approfondimento dello sviluppo, nello spazio pubblico europeo, dei partiti populistici e dei movimenti sovranisti, oggetto privilegiato degli studiosi di scienza politica e di politica comparata. Tuttavia, appare qui opportuno inquadrare l'attuale fase dell'integrazione europea nel contesto dei mutamenti politici in corso, per le possibili implicazioni sulla vita delle istituzioni europee.

Le due denominazioni di partiti populistici e sovranisti si riferiscono perlopiù alla loro caratteristica comune di "rottura" rispetto ai partiti tradizionali. Le due categorie di forze politiche, anche se parzialmente coincidenti, non sono però del tutto sovrapponibili.

Nonostante la proliferazione di studi filosofici e politologici, il concetto di populismo riveste una tale ambiguità che appare spesso strumento di contrapposizione polemica, piuttosto che di contrasto dialettico nel merito di ideologie e modalità di azione politica.

Il punto di partenza del fenomeno in atto è quello di nazione e/o nazionalismo. Nel XIX secolo, la dottrina della sovranità dello Stato come persona giuridica afferma che i sudditi/cittadini sono accomunati da valori, ideali, legami di sangue e tradizioni comuni ("la nazione"). Al momento della dissoluzione degli Stati plurinazionali e multietnici (Impero Austro-Ungarico e Ottomano), è prevalsa la forma dello Stato unitario nazionale. Nel XX secolo, il sentimento di nazionalità è spesso degenerato nel nazionalismo come dottrina basata sull'esaltazione dell'identità nazionale e della politica di potenza. Dopo la caduta del sistema comunista sovietico e la fine del concetto marxista/internazionalista di popolo come classe, il concetto è tornato ad assumere una dimensione nazionale o nazionalista anche nell'Est europeo. Così, gli Stati sorti su base nazionale si sono anche drammaticamente "riassestati" sulla medesima connotazione, come nel caso della dissoluzione della Jugoslavia e dell'Unione sovietica.

I partiti populistici mettono in discussione la democrazia rappresentativa basata su una aggregazione di forze (temporanea per definizione) che rappresentano una varietà di interessi sociali. La sovranità degli Stati non sarebbe sufficientemente garantita dalla democrazia liberale, che renderebbe difficile la promozione della maggioranza politica e l'identità collettiva della nazione.

In generale, le posizioni populiste non appaiono favorevoli al processo di integrazione europea. L'Unione europea e la sua burocrazia fanno parte dell'élite globalista, che ha imposto il cosmopolitismo che comprometterebbe sia l'identità, sia la prosperità del popolo. Un ruolo negativo in tal senso viene spesso attribuito anche ad una certa visione cristiano-universalistica.

Per creare una costruzione simbolica del popolo, il ricorso allo strumento del *referendum* serve a dimostrazione della coerenza della sua volontà con l'azione politica dei governanti. Il Primo ministro ungherese Orbán ha promosso un *referendum* contro la ricollocazione dei richiedenti-asilo che non ha raggiunto il *quorum* di validità ma ne ha, comunque, rivendicato il significato politico in quanto dimostrazione del sostegno della quasi-unanimità dei votanti. Un *referendum* propositivo, come attualmente in discussione in Italia, consente di rafforzare la democrazia diretta.

Il populismo è, in un primo tempo, un fenomeno ideologico, perché è una contestazione dei governi formati da maggioranze di partiti tradizionali. Occorre ricordare che, ad es. in America latina, il populismo è stato collegato anche ad una tradizione rivoluzionaria di sinistra che enfatizza il potere costituente, atto fondatore del popolo e portatore di una nuova politica.

3. Le posizioni espresse da governi o partiti di alcuni Stati membri rispecchiano il crescente successo delle forze politiche che si definiscono (o vengono definite) come sovraniste. Il loro comune denominatore sembra essere costituito proprio dalla richiesta di cambiamenti nei confronti dell'Unione europea.

Benché non abbia ancora una base ideologica comune, il sovranismo rappresenta in vari Stati membri la posizione politica che sostiene la preservazione o la riacquisizione della sovranità nazionale persa nei confronti dell'Unione europea. Si tratta in qualche modo di un'evoluzione del populismo che, dopo il contrasto della casta o

élite intellettuale interna, trova una seconda prospettiva di azione nell'opposizione ai vincoli esterni che risiederebbero nelle mani della Commissione, identificata come tecnocrazia europea. La tesi evidenzia l'inconciliabilità delle posizioni, ad esempio fra *austerità* e sviluppo economico, fra politiche migratorie e chiusura delle frontiere.

La posizione sovranista è critica o euroscettica nei confronti delle limitazioni della sovranità nazionale derivanti dall'integrazione europea. Peraltro, la terminologia in parola, derivante da "sovranità", sembra sia stata utilizzata per la prima volta nel Quebec per indicare le sue aspirazioni indipendentistiche. In generale il sovranismo, come il populismo e il nazionalismo, si caratterizza per la tutela delle identità, dei confini e delle prerogative nazionali e, come priorità di azione, chiede il recupero dei poteri sovrani di uno Stato membro rispetto all'Unione europea (e alla comunità internazionale).

I partiti sovranisti propongono di modificare quella che individuano come "deriva" dell'integrazione europea a seguito della delega o della condivisione di parti di sovranità (si tratterebbe di un ossimoro, in quanto la sovranità, assoluta per definizione, non potrebbe essere condivisa). Soprattutto, negano che vi sia stata o possa esservi una cessione di competenze in materia di integrazione politica. La delega di competenze dallo Stato nazionale all'Unione, almeno in determinate materie, è considerata un fattore di indebolimento della sovranità e frammentazione dell'identità storico-nazionale. Tuttavia, i partiti sovranisti non esprimono soltanto posizioni genericamente euroscettiche, ma anche richieste di riforma dell'Unione, che per motivi di spazio non è possibile approfondire in questa sede.

Nel processo di integrazione europea, la preferenza va al principio dell'unanimità delle decisioni nel Consiglio europeo (organo originariamente di indirizzo e orientamento), in cui tende a concentrarsi sempre di più il potere decisionale. La maggior parte dei partiti sovranisti non vuole porre fine all'integrazione europea, ma promuovere una riforma contro l'ipotesi di un'Unione politica e federalista (questo il senso attribuito all'obiettivo politico di "una Unione sempre più stretta"); la circoscrive alla dimensione intergovernativa, eliminando del tutto (o riducendo al minimo) quella sovranazionale.

La posizione euroscettica dei sovranisti non contempla, almeno per ora, l'opzione dell'uscita dall'Unione, come verificatosi nell'unico caso del movimento per la Brexit (UKIP), ma mette in discussione la costruzione attuale dell'Unione. Una gran parte dei sovranisti discute la permanenza nell'Euro, che comporterebbe i poteri burocratici della BCE e l'alienazione della sovranità monetaria, nonché i vincoli alle politiche economiche degli Stati che appartengono alla zona Euro.

4. I nuovi equilibri politico-istituzionali derivanti dalle elezioni del Parlamento europeo potranno rilanciare o rallentare il contesto istituzionale democratico previsto dai Trattati.

L'Unione europea trae la propria legittimità dai valori democratici e da istituzioni democratiche, trasparenti ed efficienti. L'assetto istituzionale si compone della rappresentanza democratica "diretta" del Parlamento europeo (art. 10, par. 1, TUE) e di quella "indiretta" del Consiglio europeo e del Consiglio dei ministri, composti da rappresentanti dei governi nazionali a loro volta democraticamente eletti e responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini (art. 10, par. 2, TUE). Anche i parlamenti nazionali contribuiscono alla legittimazione dell'Unione tramite i nuovi poteri di controllo democratico sulla sussidiarietà (art. 12 TUE).

Per sottolineare il possibile impatto del cambiamento dell'assetto politico-partitico nelle istituzioni europee, vale la pena di richiamare la specificità del dialogo fra Commissione, Parlamento e Consiglio europeo/Consiglio dei ministri nell'ordinamento dell'Unione.

La Commissione, che individua e rappresenta l'interesse europeo, non è un governo/esecutivo di tipo statale perché “esercita le sue responsabilità in piena indipendenza”. I suoi membri sono scelti “in base alla loro competenza generale e al loro impegno europeo e tra personalità che offrono tutte le garanzie di indipendenza” (art. 17, par. 3, TUE). Il Trattato di Lisbona non ha previsto l'elezione diretta del Presidente della Commissione, ma ha comunque accresciuto la rappresentatività del Parlamento europeo nella procedura di nomina. Al riguardo, il Consiglio europeo svolge appropriate consultazioni, tenendo conto delle elezioni del Parlamento europeo e, deliberando a maggioranza qualificata, gli propone il candidato, ma al Parlamento spetta il potere di eleggerlo a maggioranza dei suoi componenti (art. 17, par. 7, TUE e dichiarazione n. 11 allegata al Trattato di Lisbona).

La formazione dell'elenco dei membri della Commissione, proposti dagli Stati membri, risente invece maggiormente dell'impronta intergovernativa del Consiglio europeo, anche se al Parlamento spetta il potere di approvazione del Collegio. Si tratta dell'evidente compromesso fra una nomina sottoposta alla dinamica intergovernativa e una legittimazione sovranazionale.

In occasione delle elezioni europee del 2014 si è sviluppata una prassi del Parlamento europeo di condurre la campagna elettorale proponendo *ex-ante* il candidato di ciascun partito politico europeo a Presidente della Commissione (capolista/*Spitzenkandidat*). Tale prassi sposta l'equilibrio del potere di proposta dal Consiglio europeo al Parlamento europeo. Nella vicenda in parola né le modalità di consultazione sono state determinate in anticipo, né si è svolta una consultazione inter-istituzionale post-elettorale (secondo quanto previsto dalla dichiarazione n. 11). I partiti politici europei hanno attuato la raccomandazione di rendere noti i propri candidati alla carica di presidente della Commissione europea. Nella decisione del 7 febbraio 2018, il Parlamento europeo ha confermato tale pratica per cui ogni partito europeo dovrà indicare, già prima dello svolgimento delle elezioni, il proprio capolista (v. decisione sulla revisione dell'accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea).

A seguito della Brexit, il prossimo Parlamento europeo sarà modificato nel numero totale e nell'attribuzione dei deputati, conservando il criterio delle liste/circoscrizioni nazionali (A8-0007/2018, risoluzione del 7 febbraio 2018, Composizione del Parlamento europeo). Non è stata accolta la proposta della istituzione di liste transnazionali neanche per una piccola quota-parte dei seggi. Nella Commissione Affari costituzionali, la proposta era stata approvata a larga maggioranza, salvo il voto contrario dei gruppi ECR e ENF. Emblematico di tale posizione è l'emendamento (al 1° ‘considerando’ della risoluzione) del gruppo ECR sulle “preoccupazioni in merito alla legittimità e alla rendicontabilità dei deputati eletti su tali liste transnazionali, a causa dell'assenza di un ‘demos’ europeo unico, separato dalle nazioni” e che dunque non determinerebbe che il rafforzamento della “percezione di un sistema di cooptazione delle élite dell'UE, nonché il sentimento di distanza e diffidenza dei cittadini nei confronti dell'Unione” (A8-0007/30).

Nello stesso senso, occorre ricordare che sulla questione della ripartizione dei seggi fra liste nazionali (secondo il criterio della “proporzionalità degressiva” della popolazione degli Stati membri) si è pronunciato il Tribunale costituzionale federale tedesco, su ricorso presentato dalle minoranze parlamentari. Nella sentenza del 30 giugno 2009 ha criticato la disciplina del Parlamento europeo prevista dal Trattato di Lisbona, affermando che “non è un organo che rappresenta un popolo europeo sovrano; il suo disegno istituzionale è quello di una rappresentanza dei popoli attraverso i contingenti nazionali dei deputati assegnati, non invece di una rappresentanza dei cittadini dell’Unione in quanto unità indistinta, secondo il principio dell’uguaglianza del voto”. Considerazioni alquanto ovvie che derivano dalla circostanza che il Parlamento europeo non è l’organo di uno Stato.

5. I partiti politici nazionali sono chiamati a contribuire, a livello dell’Unione, alla formazione di “una coscienza europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell’Unione” (art. 10 TUE e art. 12 Carta dei diritti fondamentali). Il Parlamento europeo sostiene la creazione di un ambiente favorevole allo sviluppo di partiti politici e fondazioni veramente europei. La base giuridica dell’art. 224 TFUE ha consentito l’adozione, secondo la procedura legislativa ordinaria, dello statuto dei partiti politici e delle norme relative al loro finanziamento (regolamento n. 1141/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio). Secondo il nuovo testo del regolamento – modificato da ultimo dal regolamento (UE, Euratom) 2018/673 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 maggio 2018 – i partiti politici europei possono ottenere il riconoscimento di uno *status* giuridico e finanziamenti dal bilancio generale dell’Unione europea a condizione che rispettino nel loro programma e nelle loro attività i valori sui quali si fonda l’Unione, enunciati nell’art. 2 TUE (12° ‘considerando’).

Sulla base dei risultati elettorali, la nuova maggioranza del Parlamento europeo si orienterà verso una nuova posizione di compromesso, oppure rappresenterà ancora un gruppo di partiti filo-europeisti che lasceranno in minoranza i partiti sovranisti?

Verso le elezioni europee, la polarizzazione tra i partiti è senza precedenti. Da una parte i partiti tradizionali, dall’altra quelli sovranisti o nazional-populisti euro-scettici. In prospettiva, occorre tener conto che alcuni partiti filo-europeisti in Francia e Germania tendono ad assumere posizioni restrittive sull’immigrazione, preoccupati della concorrenza elettorale interna da parte dei partiti sovranisti. Ad esempio, la maggioranza del Governo tedesco si è opposta alla creazione di un fondo comune europeo anticrisi, sostenuta da diversi membri dell’Unione, tra i quali Francia e Italia, e dalla Commissione europea, per affrontare l’attuale crisi in modo più solidale.

Per meglio comprendere il contesto politico delle prossime elezioni vale la pena di compiere un rapido giro dell’evoluzione in atto nei Gruppi politici nel Parlamento europeo. Il partito popolare europeo (PPE) rappresenta ormai al suo interno posizioni diversificate fra cui anche alcune di carattere euro-scettico del partito di Orban (Fidesz, Unione civica ungherese) e del Partito popolare (OVP) di Kurz, che guida il Governo austriaco in maggioranza con il partito nazionalista FPÖ. L’atteggiamento della CSU tedesca (con i cugini della CDU bavarese) è lo specchio dell’atteggiamento oscillante del PPE, diviso tra posizioni moderate, rigoriste ed euro-scettiche. Nel voto sulla proposta di attivare la procedura per gravi violazioni dello Stato di diritto *ex art. 7 TUE* nei confronti dell’Ungheria sono state espresse posizioni differenziate. In ogni caso, il PPE potrebbe conquistare il voto anti-immigrazione, il

ché potrebbe permettere di conquistare una maggioranza relativa alle elezioni del Parlamento europeo e portare il Consiglio europeo a nominare un suo rappresentante, quale prossimo presidente della Commissione europea.

Nel Parlamento europeo rappresentano una posizione filo-europeista: 1) il Partito socialista europeo (PES) al cui interno si collocano, tra gli altri, il Partito democratico, i tedeschi (SPD) e i Socialisti spagnoli e francesi, mentre numerosa è anche la delegazione rumena, svedese e portoghese; 2) il gruppo di Alleanza dei democratici e liberali (ALDE), inserito nell'area di centrodestra, è formato dal movimento spagnolo Ciudadanos, dai liberali olandesi, dal partito Ano 2011 del premier ceco Zeman e dai francesi di En Marche di Macron; 3) i Verdi (Green/EFA) che comprendono i partiti olandese, italiano e tedesco (particolarmente filo-europeista). Vi sono tuttavia alcune voci euro-critiche all'interno di tali gruppi, che sono comunque contrarie ad alleanze con i partiti sovranisti.

Nel Parlamento europeo sono presenti tre gruppi parlamentari fortemente euroscettici: l'Europa delle nazioni e delle libertà (ENF) formato soprattutto dal Front national e dalla Lega; l'Europa della libertà e democrazia diretta (EFDD), che raggruppa il Movimento 5 Stelle, il partito indipendentista britannico (UKIP) e i tedeschi dell'Alternative für Deutschland (AfD); i Conservatori e riformisti (ECR), che comprendono i Conservatori inglesi, Fratelli d'Italia e altri piccoli partiti.

A seguito dell'uscita dei Partiti britannici, è probabile che i parlamentari oggi nei gruppi ECR e EFDD debbano diversamente organizzarsi. Allo stato dell'arte, le macro-opzioni politico-elettorali sono almeno due: la prima consistente nel ri-orientamento della posizione del PPE con il rafforzamento di formazioni euro-scettiche, fra cui il partito polacco Giustizia e libertà (PiS) (con conseguente fuoriuscita dell'opposizione di Piattaforma civica); la seconda di una fusione o federazione dei gruppi euroscettici attuali (ENF, ECR e EFDD). Entrambe le riaggregazioni dei gruppi politici eserciterebbero un peso crescente sulla composizione della nuova Commissione europea e delle posizioni del Parlamento.

Non dovrebbe assumere un rilievo determinante, invece, la posizione euroscettica della Sinistra unitaria europea/Sinistra verde nordica (Gue/Ngl) a cui aderiscono, fra gli altri, Syriza di Tsipras, i tedeschi di Linke e molti partiti comunisti.

Incerta la posizione di alcuni partiti anti-sistema o "sovranisti di sinistra". Attende una collocazione il movimento della France Insoumise di Mélenchon, uscita dalla Sinistra unitaria europea (in polemica con Syziria per aver accettato la linea di *austerità* imposta dall'Unione). Sicuramente euroscettico sarà il nuovo Movimento transnazionale per la democrazia (Diem25) di Varoufakis, che si candida come capolista in Germania. In Spagna, il partito Podemos sostiene il Governo minoritario del Partito socialista, ma ha una forte impronta anti-*austerità*.

6. Il possibile impatto sugli equilibri politici del Consiglio europeo e delle maggioranze del Consiglio dei ministri determina l'incertezza maggiore sulla trasposizione a livello europeo dei nuovi equilibri fra le forze politiche raggiunti nelle elezioni nazionali, specialmente in materia di politiche di immigrazione/asilo, di *governance* economica e monetaria e di controllo dello "Stato di diritto" nei Paesi membri.

In primo luogo, sull'immigrazione e asilo, i movimenti sovranisti appaiono divisi. Da un lato, quelli degli Stati membri del Nord Europa sono contrari al sistema di quote per i richiedenti asilo, mentre sostengono l'eliminazione o la sospensione

del sistema Schengen in chiave di controllo dei movimenti secondari dei migranti. In senso opposto, si muovono i partiti sovranisti dei Paesi del Mediterraneo, che chiedono con ogni mezzo il blocco degli sbarchi ove non vi siano forme di solidarietà con gli Stati di primo ingresso nel regolamento di Dublino IV.

In ogni caso, è soprattutto la percezione di insicurezza e di concorrenza sul mercato del lavoro da parte degli immigrati che ha guidato l'affermazione di una posizione euroscettica di molti governi e/o dei partiti sovranisti. Le posizioni sono diversificate, ma convergenti in senso restrittivo: le difficoltà di integrazione dei richiedenti asilo/rifugiati e di espulsione dei migranti economici a seguito della crisi balcanica (Germania, Svezia, Danimarca e Austria), i flussi dal Mediterraneo centrale e la crisi libica (Italia); gli atti terroristici di stranieri immigrati o naturalizzati (Francia), la rivendicazione dell'identità nazionale, rafforzata dai rischi specifici della rotta balcanica (Croazia, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia, Ungheria); le posizioni estremiste di eterogenee maggioranze di governo (Belgio e Olanda), le difficoltà economiche di accoglienza (Grecia), la posizione nazionalista nei confronti delle minoranze russofone (Paesi baltici), la posizione degli Stati membri non ancora ammessi a Schengen, in cui vi sono contrapposti movimenti filo e antieuropeisti (Bulgaria e Romania).

In secondo luogo, in materia di controllo dei bilanci degli Stati membri sul rispetto dei parametri del *deficit* e del rientro nel debito, secondo il Patto di stabilità, è apparso criticabile e discrezionale ai partiti sovranisti il ruolo di controllo della Commissione, garantito dalle procedure di infrazione e dalla comunicazione ai mercati che applicano una sanzione indiretta per l'approvvigionamento del rifinanziamento del debito. Tuttavia, pur nei limiti di flessibilità consentiti dagli strumenti normativi in vigore, i poteri della Commissione si limitano all'applicazione della normativa dei Trattati istitutivi e degli altri impegni di diritto internazionale, volontariamente assunti dagli Stati membri. La procedura del Semestre europeo e le raccomandazioni indirizzate a ciascuno Stato membro in materia di politiche economiche, pur nella loro relativa vaghezza e non-vincolatività, sono comunque il risultato di decisioni prese all'unanimità dal Consiglio europeo. Purtroppo, in ragione del carattere intergovernativo e di diritto internazionale delle decisioni di politica monetaria, il Parlamento europeo è solo informato *a posteriori* o nell'ambito generale dei c.d. Dialoghi.

Per quanto riguarda l'Unione monetaria, la riforma proposta dalla Commissione europea nel pacchetto del 6 dicembre 2017 resta legata ai futuri equilibri politico-istituzionali. Questo propone la semplificazione delle procedure e l'integrazione dei meccanismi intergovernativi (Fiscal compact e Meccanismo europeo di stabilità) nel quadro giuridico dell'Unione. È evidente che al Parlamento europeo dovrebbe essere attribuita una maggiore responsabilità democratica tramite poteri di controllo sulla gestione della *governance* economica dell'Unione. A tal fine, non può essere certo considerata come adeguata la nuova conferenza interparlamentare (Parlamento europeo/parlamenti nazionali) stabilita dal Fiscal Compact (art. 13), né appare convincente la proposta di un Trattato per la democratizzazione della *governance* della zona Euro, che produrrebbe proprio il risultato di ostacolare il suo inserimento nel diritto UE.

Rispetto ai vincoli economici e monetari posti dall'Unione europea è in atto lo scontro fra Europa mediterranea e nordica. I partecipanti del Gruppo denominatosi Lega anseatica (Danimarca, Estonia, Finlandia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Paesi

Bassi e Svezia), appoggiati dall'esterno dall'Austria, dalla Repubblica Ceca e dalla Slovacchia, sono sostenitori di una visione liberista, promuovono un'Unione intergovernativa, nel rispetto delle regole sull'equilibrio dei bilanci statali. La riforma del Meccanismo europeo di stabilità dovrebbe aumentare la responsabilità degli Stati membri e dei privati risparmiatori in caso di perdite economiche.

Il Gruppo di Visegrád esprime le posizioni dei partiti sovranisti e della parte conservatrice del PPE, mentre i partiti dominanti nell'ambito del nuovo spazio della sedicente Lega anseatica si collocano nell'alveo dei gruppi ALDE e nella parte più moderata del PPE.

7. La verifica elettorale avrà un impatto sull'azione del Parlamento europeo e della Commissione per la tutela dello Stato di diritto, che rappresenta uno dei più forti legami di interdipendenza fra gli Stati membri nella Comunità di diritto.

Uno dei valori democratici su cui si fonda l'Unione è la garanzia del mantenimento dello Stato di diritto. Il più importante meccanismo, a tale riguardo, è quello previsto dall'art. 7 TUE, volto a reagire alle violazioni dei valori comuni di cui all'art. 2 TUE, incluso il rispetto dei principi dello Stato di diritto. Si articola in due fasi: la proposta motivata (di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione) al Consiglio, per eventualmente deliberare, a maggioranza di quattro quinti, la constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori in questione; l'eventuale deliberazione all'unanimità del Consiglio europeo sulla constatazione dell'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori in questione, con conseguente possibile sospensione temporanea di alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro dall'applicazione dei Trattati, compresi i diritti di voto.

In questa legislatura uscente, il Parlamento europeo ha avuto modo di svolgere il suo ruolo, in concorso con la Commissione europea, nei confronti di Polonia e Ungheria, che hanno adottato leggi considerate in violazione dello Stato di diritto.

L'esperienza del partito populista/sovranista al potere da quattro anni in Polonia ha visto l'introduzione di modifiche costituzionali e legislative per limitare l'età dei giudici in servizio, nell'intento di stabilire il controllo dell'Esecutivo sul potere giudiziario. I governanti sono interessati a imporre la propria interpretazione della storia e della tradizione polacche, con particolare riferimento alle idee conservatrici e religiose, sostenendo che questa è una visione maggioritaria nella società polacca.

L'Esecutivo comunitario è impegnato in un braccio di ferro con il Governo polacco, a cui rimprovera la violazione dello Stato di diritto. La Commissione europea aveva già affermato che in Polonia vi fosse "il chiaro rischio di una seria violazione dello Stato di diritto". La causa di questa preoccupazione è un'ampia riforma della magistratura, che comporterebbe la politicizzazione dei magistrati, minandone l'imparzialità. In particolare, la violazione da parte della Polonia consisterebbe nell'approvazione di due leggi, una sul Consiglio della magistratura e l'altra sulla Corte suprema, con cui i poteri di nomina dei nuovi membri vengono affidati al Guardasigilli e al Presidente. Il Parlamento europeo ha adottato, con la maggioranza richiesta 2/3 dei votanti, la risoluzione del 1° marzo 2018 sulla decisione della Commissione di attivare l'art. 7, par.1, TUE.

Accanto a tale procedura, sono state intraprese dalla Commissione europea alcune procedure di infrazione che hanno comportato un procedimento sommario di

urgenza e misure cautelari di sospensione. Un ricorso è stato avviato contro l'abbassamento dell'età per il pensionamento dei giudici nominati alla Corte suprema della Polonia (anche prima dell'entrata in vigore della legge) per mancato rispetto degli obblighi sul diritto alla tutela giurisdizionale effettiva a livello nazionale (articoli 19, par. 1, co. 2, TUE e 47 della Carta). La Commissione europea ritiene che tale decisione indebolisca l'indipendenza dei magistrati, tanto più che la legge prevede la possibilità di prolungare il mandato dei giudici su decisione arbitraria del Capo dello Stato. Con l'ordinanza del 17 dicembre 2018, la Corte di giustizia ha confermato, in chiusura del procedimento sommario, la precedente ordinanza della vice-presidente, con cui erano state accolte in via provvisoria la domanda urgente di sospensiva cautelare della Commissione di ingiungere alla Polonia la sospensione immediata dell'applicazione delle disposizioni nazionali oggetto di ricorso (causa C-619/18 R).

Anche la maggioranza al Governo in Ungheria, composto da Fidesz, il partito di Orban iscritto al PPE, ha adottato leggi riduttive delle libertà che sono apparse alla Commissione europea manifestazioni di violazioni dello Stato di diritto. La procedura contro l'Ungheria è stata adottata dal Parlamento europeo con la maggioranza richiesta assoluta degli eurodeputati e almeno 2/3 dei voti (dubbi sono stati sollevati sulla legittimità dell'esclusione dal calcolo degli astenuti). Dopo il voto favorevole del Parlamento, la questione è stata sottoposta alle decisioni del Consiglio europeo, che dovrà decidere con una maggioranza dei 4/5 dei Paesi membri, confermando che esiste "un chiaro rischio di una seria violazione".

Data la rete di alleanze dei Governi polacco e ungherese con altri Stati membri, l'ipotesi di applicabilità dell'art. 7, commi 1 e 2, è altamente improbabile, a differenza delle procedure di infrazione davanti alla Corte di giustizia, che consentiranno importanti precisazioni sullo sviluppo del regime dello Stato di diritto nei Paesi UE.

Abstract

Brief Reflections on the Political-Institutional Balance in View of the Election of the European Parliament in 2019

The elections to the 8th European Parliament (EP) will be held in all EU Member States in May 2019. The article analyzes the position of populist and sovranist parties in relation to the powers' division between the Union and Member States. The principle of institutional balance in the EU implies that each of its institutions has to act in accordance with the powers conferred on it by the Treaties. The article refers to the relationship between the three main EU institutions: the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission. The dynamics between these democratic institutions depends considerably on the outcome of the EP elections.

The political groups within which its members (MEPs) organize themselves according to their ideological views are very important for the EU decision-making process. Following the United Kingdom's withdrawal from the EU, some of the seats will be redistributed among National Lists. The composition of the European Parliament will change if Eurosceptic parties expand their strength.

Isabel Vega Mocoora*

Il sistema delle risorse proprie nell'UE post-Brexit: un'occasione per la riforma

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il concetto d'autonomia finanziaria: il caso dell'UE. – 3. Studio del sistema attuale di risorse proprie. – 4. *Segue*: elementi ed evoluzione. – 5. *Segue*: principali problemi. – 6. *Segue*: ipotesi possibili. – 7. Le fondamenta del sistema di finanziamento ottimale dell'UE. – 8. Proposte per un nuovo sistema di risorse proprie. – 9. *Segue*: le possibili soluzioni per una nuova risorsa propria. – 10. *Segue*: valutazione delle potenziali soluzioni. – 11. Il futuro del sistema di risorse proprie nell'UE post-Brexit. – 12. *Segue*: i punti chiave per concludere con successo una riforma necessaria nel breve termine. – 13. *Segue*: il sistema migliorato per il futuro. – 14. *Segue*: una proposta di riforma aggiornata sul tavolo. – 15. Conclusioni.

1. Le politiche europee sono sempre più numerose ed ambiziose, dati gli obiettivi che si impongono, ma sono anche fortemente limitate, perché sono vincolate dai soli strumenti finanziari dell'Unione europea: risorse di bilancio e di non bilancio. I Consigli europei del 15 e 16 dicembre 2005 e del 2013 hanno invitato la Commissione ad effettuare una revisione del bilancio e del suo modo di finanziamento attraverso il sistema delle risorse proprie.

Una revisione completa e approfondita di tutti gli aspetti delle spese europee (compresa la politica agricola comune, le risorse, e la correzione britannica) è necessaria e per questo è stato creato nel 2014 il gruppo di lavoro di alto livello sulle risorse proprie (HLGOR), “i cui principali obiettivi sono l'esame del sistema attuale delle entrate e lo studio di modi affinché sia più semplice, equo, trasparente e democratico il sistema delle risorse proprie”. L'HLGOR è stato creato nel febbraio 2014 dai presidenti della Commissione europea, del Parlamento europeo e del Consiglio; è costituito da 10 membri, tre per ognuna delle dette istituzioni, e presieduto da Mario Monti.

Nel dicembre 2016, due anni dopo la sua prima relazione di valutazione, l'HLGOR ha presentato le sue raccomandazioni ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea. Nel giugno 2017 la Commissione ha

* Ordinario di Economia politica e Finanza pubblica nell'Università di Valladolid.

adottato un “documento di riflessione sul futuro delle finanze dell’UE”¹, che proponeva una serie di opzioni in cui le risorse proprie sarebbero state collegate in modo più visibile alle politiche dell’UE, in particolare al mercato unico e alla crescita sostenibile. Nel febbraio 2018 la Commissione² ha ribadito che una riforma del versante “entrate” del bilancio dell’UE avrebbe contribuito a spostare il baricentro sui settori in cui l’Unione può garantire un reale valore aggiunto.

Poco dopo (marzo 2018) il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione sulla riforma del sistema delle risorse proprie dell’UE³. In linea con le principali indicazioni contenute nella relazione finale del gruppo ad alto livello sulle risorse proprie (la “relazione Monti”), la risoluzione sottolinea le carenze delle attuali modalità di finanziamento del bilancio UE e invita a realizzare riforme di più ampia portata, esortando in particolare a introdurre differenti nuove categorie di risorse proprie e a mettere fine a tutte le correzioni. Conformemente all’art. 311, par. 4, TFUE il Consiglio stabilisce le misure di esecuzione del sistema delle risorse proprie dell’Unione su proposta della Commissione; perciò è *stata avanzata* una nuova proposta di decisione del Consiglio⁴ relativa al sistema delle risorse proprie dell’Unione europea, presentata il 2 maggio 2018 e che, nel caso fosse approvata, si applicherà a decorrere dal 1° gennaio 2021.

La revisione del sistema attuale di risorse proprie come sistema di finanziamento dello strumento di bilancio si rivela necessaria come risposta alle principali critiche apportate attualmente alla mancanza di trasparenza e di semplicità del sistema, alla sua autonomia finanziaria limitata di fronte al patrimonio nazionale, alla necessità di riformare il sistema attuale di correzione degli squilibri di bilancio per Paese e alle proposte in discussione. Questo articolo tenta di dare alcune risposte ai problemi del sistema delle risorse proprie nell’ambito del consolidamento dell’autonomia finanziaria dell’UE.

2. Per autonomia finanziaria si intende un’attività finanziaria propria sostenuta dal diritto che le dà un carattere autonomo. Nel caso europeo, l’autonomia proviene dai trasferimenti di competenze degli Stati membri all’UE, come mezzi finanziari che si sono concretizzati attraverso varie norme di diritto comunitario.

L’Unione europea ha competenze finanziarie e mezzi finanziari propri in un quadro normativo sovranazionale; per questo parliamo di un’autonomia finanziaria. Tuttavia, il livello d’autonomia dell’UE è abbastanza ridotto se lo paragoniamo con quello della media degli Stati membri: 1,23% RNLE28 e 46% del Reddito nazionale lordo (RNL) rispettivamente.

Il principio dell’equilibrio sostiene che “nel bilancio dell’UE entrate e spese devono essere in pareggio” (art. 310, par. 1, TFUE). Le spese dell’UE corrispondono alle politiche comunitarie, la relazione di forza tra le spese europee e le spese nazionali è limitata dai principi di sussidiarietà e di proporzionalità, che ci permettono di determinare il valore aggiunto delle spese dell’UE.

¹ COM(2017)358 fin., del 31 maggio 2018.

² COM(2018)98 fin., del 14 febbraio 2018.

³ P8_TA-PROV(2018)0076, Riforma del sistema di risorse proprie dell’Unione europea.

⁴ COM(2018)325 fin., del 2 maggio 2018.

In questi ultimi anni, la strategia 2020 dell'UE ha incluso negli obiettivi all'ordine del giorno nuove sfide politiche che potrebbero esercitare un'influenza decisiva nell'orientamento degli sforzi futuri dell'UE e quindi nel bilancio dell'UE; tuttavia gli Stati membri non sembrano essere pronti a cedere altre competenze all'UE.

La nozione più completa dell'autonomia finanziaria è quella che comprende l'esistenza: di capacità normativa propria e non delegata, di capacità di concepire e finanziare le spese delle politiche comuni, di capacità di recupero comunitario propria e non delegata.

L'autonomia finanziaria è anche in relazione con le entrate dell'UE e si definisce come la capacità di recupero dell'Unione con normativa propria non delegata (VEGA MOCOROA, 1997).

L'UE, dopo l'approvazione, nel 1970, della risoluzione delle risorse proprie presenta un elemento diverso rispetto alle altre organizzazioni internazionali, poiché ha la capacità di avere risorse finanziarie proprie con l'attribuzione diretta all'organizzazione sovranazionale; essa può anche autorizzare l'erogazione di prestiti.

Grafico 1



Fonte: High Level Group on Own Resources, 1st assessment report (17 dicembre 2014)

Se si considera che l'indicatore per misurare il grado d'autonomia finanziaria è il peso delle finanze UE/PIL UE, l'evoluzione del livello d'autonomia finanziaria dell'UE è stata positiva benché molto inferiore a quello che il c.d. rapporto MacDougall⁵ considera necessario per parlare di uno stato prefederale (tra 2-2,5% del PIL).

Tenendo presente che il limite massimo attuale delle risorse proprie è di 1,23% RNL (v. grafico 1), e dunque gli stanziamenti d'impegno, la capacità di sviluppare

⁵ MACDOUGALL *et al.* (1977).

le politiche europee e spendere nel quadro di questi ultimi è molto ridotta e distante dal livello desiderato.

Nel futuro (periodo 2020-2027) si prevede che il valore del citato massimale cambierà. Da un lato, con la Brexit esso diminuirà automaticamente di circa il 16% (ovvero, della quota del reddito nazionale lordo del Regno Unito). È inoltre importante notare che il crescente ricorso all'eventuale strumento di stabilizzazione per la zona euro (prestiti o strumenti finanziari garantiti dal bilancio dell'UE) farà probabilmente sì che il massimale in questione dovrà essere aumentato. L'integrazione nel bilancio dell'UE del Fondo europeo di sviluppo dovrà anche essere accompagnata da un aumento dei massimali stabiliti nella decisione sulle risorse proprie.

In ragione di ciò, la Commissione⁶ propone di aumentare i massimali delle risorse proprie per i pagamenti e gli impegni rispettivamente all'1,29% e all'1,35% del reddito nazionale lordo dell'UE-27, valore ancora inferiore a quello del rapporto MacDougall. Infatti, il bilancio UE rimane troppo limitato per una vera stabilizzazione economica anticiclica e per una redistribuzione sostanziale, che sono pietre angolari dei bilanci nazionali, o rispetto a ciò che il buon senso richiederebbe a un bilancio "di livello federale" come raccomanda l'HLGOR⁷.

Dopo la Brexit⁸, ci saranno eventuali contributi supplementari del Regno Unito per onorare gli obblighi assunti in quanto Stato membro dell'UE, da versare dopo il 2020, e questo potrebbe ridurre il fabbisogno di finanziamento da coprire con le risorse proprie, in particolare all'inizio del prossimo quadro finanziario pluriennale.

L'autonomia finanziaria delle entrate è in relazione con il "sistema di risorse proprie". Nella struttura attuale del sistema, la risorsa complementare è l'elemento centrale, perciò risulta ogni volta più difficile stabilire un legame tra il bilancio comunitario ed il contribuente. Il sistema sembra avvicinarsi più ad un trasferimento finanziario di risorse dei bilanci nazionali verso un bilancio di natura europeistica calcolato su una base statistica comune, piuttosto che ad un sistema di finanziamento proprio ed autonomo.

Dinanzi a questa situazione, è necessario studiare le riforme possibili che darebbero al sistema un maggior livello d'autonomia finanziaria senza comportare un aumento del carico fiscale dei contribuenti. Occorre tener conto del fatto che uno dei principali risultati del sistema delle risorse proprie comunitarie si trova precisamente nella relazione delle risorse con alcune politiche comunitarie; i dazi doganali con la politica commerciale comune, i diritti agricoli con la PAC, l'IVA con il mercato interno e, nel caso del RNL, con la politica di coesione economica e sociale, poiché queste risorse complementari cercano anche di dare una maggiore progressività al sistema, contribuendo dunque alla distribuzione delle risorse dal lato delle entrate.

Nonostante l'opinione generale ritenga che le risorse dell'UE non presentino, eccetto le RPT (risorse proprie tradizionali), alcun nesso con gli obiettivi politici dell'Unione come indicato nella revisione del bilancio dell'UE, l'introduzione di

⁶ COM(2018)325 fin.

⁷ Gruppo ad alto di livello sulle risorse proprie: sintesi e raccomandazioni (dicembre 2016).

⁸ House of Lords, European Union Committee, 15th Report of Session 2016-17, *Brexit and the EU Budget*, HL paper N. 1252, marzo 2017. Gli eventuali contributi supplementari del Regno Unito per onorare gli obblighi assunti in quanto Stato membro dipendono dall'art. 50 TUE.

nuove risorse rispecchierebbe lo spostamento progressivo della struttura del bilancio verso politiche più vicine ai cittadini UE.

I Trattati non attribuiscono all'UE la competenza in materia di imposizione delle tasse, ma prevedono che l'Unione abbia "risorse proprie" per raggiungere i suoi obiettivi (art. 311 TFUE), rispettando al contempo le prerogative fiscali degli Stati membri.

Il sistema può essere migliorato. Il gruppo ad alto livello sulle risorse proprie ha pubblicato la sua relazione finale nel dicembre 2016⁹, raccomandando, tra l'altro, di introdurre nuove categorie di risorse proprie aventi un legame più solido con le politiche dell'UE e di mettere fine ai meccanismi di correzione. E nel marzo 2018 il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione sulla riforma del sistema delle risorse proprie dell'UE¹⁰, esortando in particolare a introdurre differenti nuove categorie di risorse proprie e a mettere fine a tutte le correzioni attuali, come vedremo nel prosieguo.

3. Il sistema di risorse proprie nasce con la decisione del 21 aprile 1970, relativa alla sostituzione dei contributi finanziari che gli Stati membri davano alla Comunità e che erano determinati in base al sistema di ripartizione contemplato dall'art. 200 TCEE.

La sostituzione del sistema dei contributi con quello delle risorse proprie era prevista dallo stesso Trattato di Roma (art. 201), a condizione che il Consiglio all'unanimità, una volta stabilita la tariffa doganale comune decidesse che ciò fosse conforme alle norme costituzionali degli Stati membri. Con la modifica del sistema la Comunità si avvicina al principio dell'autonomia finanziaria con risorse proprie. Da allora tale sistema si è evoluto, variando il numero degli elementi, la sua struttura ed influenzando sull'autonomia finanziaria comunitaria.

La decisione del 1970 in materia di risorse proprie ha segnato l'inizio di un nuovo periodo per le finanze comunitarie, che si sono adattate alle successive riforme del sistema, prodotte da ulteriori decisioni sulle risorse proprie¹¹.

4. Il sistema attuale di risorse proprie ha due tipi di risorse: a) le, già menzionate, risorse proprie tradizionali (RPT), cioè quelle d'origine agricola (vecchi prelievi agricoli e contributi sulla produzione di zucchero e d'isoglucosio) e i dazi doganali; b) le risorse finanziarie, cioè la risorsa IVA e la risorsa complementare sul RNL. Le risorse finanziarie, tuttavia, non sono influenzate significativamente dallo sviluppo delle politiche comunitarie, né sono sentite dai contribuenti europei come vere "imposte" comunitarie, ecco la ragione della loro mancanza di visibilità per il contribuente europeo, perché sono dedotte dalle entrate nazionali e successivamente

⁹ La relazione è intitolata "Il finanziamento futuro dell'UE".

¹⁰ P8_TA-PROV(2018)0076.

¹¹ Decisione 70/243/CECA, CEE, Euratom, del 21 aprile 1970, relativa alla sostituzione dei contributi finanziari degli Stati membri con risorse proprie delle Comunità; decisione 85/257/CEE, Euratom, del 7 maggio 1985, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità; decisione 88/376/CEE, Euratom, del 24 giugno 1988, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità; decisione 94/728/CE, Euratom, del 31 ottobre 1994, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità europee; decisione 2000/597/CE, Euratom sul sistema di risorse proprie; decisione 2007/436/CE, Euratom, del 29 settembre 2000, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità europee; decisione 2014/335/UE, Euratom, del 26 maggio 2014, relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea.

trasferite alla Comunità. Benché queste risorse si raccolgano negli Stati membri, la Corte di giustizia della UE ha proibito la loro inclusione nei bilanci nazionali¹².

Molti politici nazionali considerano i contributi degli Stati membri all'UE come una spesa nazionale, il che provoca tensione e inquina le discussioni sul finanziamento del Bilancio UE. L'IVA è stata considerata da alcuni autori come un'entrata "mascherata da risorsa" (STRASSER, 1993). Tuttavia, per quanto riguarda la risorsa IVA e la risorsa RNL, sono considerate entrambe come risorse proprie per il loro carattere finanziario, perché non sono contabilizzate. Inoltre, come indicano alcuni autori (REBOUD, 1986; MOLINIER 1986; VEGA MOCOROA, 1991), sono le sole risorse nei bilanci nazionali che hanno lo scopo principale di fungere da entrate "fiscali" della Comunità. Il sistema di finanziamento attuale è opaco e complesso, tanto che solo pochi specialisti ne comprendono bene il funzionamento; inoltre, numerosi Stati considerano il sistema iniquo. Lo studio dell'evoluzione del sistema è necessario per scoprire le ragioni della crisi del sistema e le sue soluzioni.

In genere, l'evoluzione dei valori nominali del sistema mostra una tendenza crescente soprattutto delle risorse finanziarie, il risultato è simile in valori tipizzati, ma con una risorsa che cresce molto più delle altre, cioè la quella del RNL.

Le risorse proprie tradizionali. Si tratta delle risorse d'origine agricola, (in altre parole i diritti agricoli, chiamati, dapprima, prelievi agricoli)¹³ e dei dazi doganali. L'evoluzione di queste risorse mostra una tendenza decrescente di entrambe. Mentre nel 1971 i diritti agricoli rappresentavano il 49,9% del totale delle entrate, nel 2014, il loro peso si era ridotto all'1,3%. Questa tendenza trova la sua spiegazione in diverse cause, tra cui: la dipendenza delle risorse agricole dai prezzi mondiali, la stabilità sempre più grande del mercato agricolo e la crescita della produzione agricola nell'UE, che si è tradotta in una diminuzione delle importazioni. Le riforme della PAC hanno anche contribuito a ridurre la parte dei diritti agricoli nel bilancio dell'UE con la riduzione dei costi di immagazzinaggio e di restituzione.

I dazi presentano una tendenza decrescente che passa dal 40,7% nel 1971 al 15,2% nel 2014, a causa del ribasso progressivo dei dazi doganali nella Comunità, delle adesioni di nuovi Stati membri, dei regimi preferenziali decisi tra gli Stati membri e i Paesi in via di sviluppo e anche ai compromessi adottati ai "round" dell'OMC.

Dal 2007, anno in cui è nato l'elemento "RPT", fino al 2018, il peso di tali risorse è passato dal 14,5% al 15,8% sul totale delle entrate¹⁴.

La risorsa propria IVA proviene dall'applicazione di un'aliquota uniforme sugli imponibili IVA armonizzati, determinati secondo regole comunitarie, valida per tutti gli Stati membri. La risorsa IVA è stata incorporata come risorsa propria comunitaria effettiva nel 1979, dopo l'approvazione della sesta direttiva IVA¹⁵ sull'armonizzazione della base imponibile IVA.

Le entrate IVA sono passate dal 66% nel 1986 al 12% nel 2018. Questa diminuzione in percentuale delle entrate IVA riflette le riforme introdotte con le decisioni

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 1977, causa 110/76, *Pretore di Cento c. X*.

¹³ Ora non ci sono più differenze tra diritti agricoli e doganali, poiché si tratta semplicemente dei diritti d'importazione prelevati sui prodotti agricoli provenienti dai Paesi terzi e dei contributi sulla produzione di zucchero e d'isoglucosio.

¹⁴ COM(2018)325 fin. e *Draft amending Budget 2/2018*.

¹⁵ Direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006.

sulle “risorse proprie”, il cui scopo è stato di lottare contro la regressività che questa risorsa portava al sistema.

L’IVA è un’imposta sul consumo, dato che P_{MaC} è decrescente, quest’imposta è sopportata in particolare dagli operatori economici il cui reddito è più basso, quindi i Paesi che contribuiscono maggiormente sono quelli che hanno un consumo più elevato rispetto al risparmio. C’è un legame tra la base imponibile dell’IVA e il consumo; per questo motivo, i Paesi meno prosperi presentano tutti basi imponibili IVA relativamente elevate e sono di conseguenza svantaggiati. Si sarebbe dunque potuto osservare l’esistenza di disparità constatate nel rapporto base IVA/RNL tra Stati membri. Per risolvere questo problema, le decisioni sulle “risorse proprie” hanno avuto lo scopo di limitare l’imponibile al 50% del RNL e riportare, dal 1985, l’aliquota massima d’appello dell’IVA dall’1,4% allo 0,3% nel 2014¹⁶.

La risorsa complementare fondata sul Reddito nazionale lordo (RNL). Questa risorsa sul RNL¹⁷ proviene dall’applicazione di un’aliquota, da fissare nell’ambito della procedura di bilancio in funzione di tutte le altre entrate, alla somma del RNL di tutti gli Stati membri conformemente alle norme comunitarie previste dalla direttiva 89/130/CEE, Euratom.

Si tratta della c.d. quarta risorsa, nata della riforma del sistema finanziario comunitario nel 1988. La sua principale caratteristica è quella di essere una risorsa variabile e complementare, il cui scopo è di garantire l’equilibrio tra le entrate e le spese, compensando il saldo che non è coperto con le risorse proprie tradizionali e le entrate IVA. La risorsa RNL dota il sistema di progressività, perché adatta i contributi di ogni Stato al loro livello reale di ricchezza. Questa risorsa dà anche stabilità al bilancio e garantisce la crescita di quest’ultimo nei margini stabiliti dall’autorità di bilancio.

Come accennato, la risorsa RNL appare per la prima volta nel 1989, con una partecipazione di 9,8% nel totale delle risorse proprie. Nel 2008 la risorsa RNL ha raggiunto il 63,5% del totale delle entrate di bilancio, e nel 2018 il 71%. Per questo, è passata dallo statuto di entrata residuo a quello di entrata principale.

Riassumendo, possiamo dire che nell’evoluzione delle risorse proprie, la perdita d’importanza delle risorse proprie tradizionali è chiara; quelle che per natura potrebbero essere considerate vere risorse proprie hanno perso terreno di fronte al maggiore peso delle altre risorse proprie (v. grafico 2).

Esistono, infine, diverse entrate secondarie che appartengono direttamente alle Comunità senza passare prima per gli Stati membri e che non fanno parte del “sistema delle risorse proprie”; si tratta di altre entrate provenienti da imposte, contributi e prelievi applicati ai salari del personale (che corrispondono a “diversi” nel grafico 2).

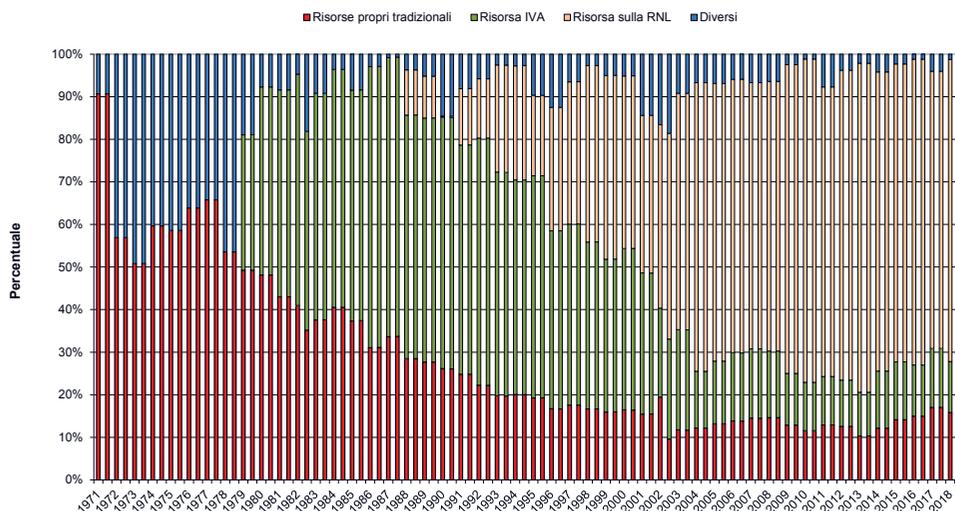
In sintesi, il bilancio è finanziato principalmente dai contributi di ciascuno Stato membro in base al reddito relativo, insieme ai dazi doganali riscossi alle frontiere esterne e a una piccola quota basata sull’imposta sul valore aggiunto. Non esiste un’imposta dell’UE. Il regime delle entrate è concordato da tutti gli Stati membri e ratificato

¹⁶ Occorre tenere conto delle specificità per la Germania, i Paesi Bassi e la Svezia (0,15%): decisione 2014/335.

¹⁷ Dall’esercizio 2002, in accordo con la decisione 2000/597, il RNL ha sostituito il PNL come riferimento della risorsa complementare; perché in applicazione del Sistema Europeo dei conti nazionali e regionali SEC 95 ai sensi del regolamento (CE) n. 2223/96 il Reddito Nazionale Lordo fornito dalla Commissione è identico al Prodotto Nazionale Lordo. Di conseguenza è opportuno applicare le nozioni statistiche più recenti.

dai parlamenti nazionali. Il sistema attuale, quindi, non risponde più allo scopo della modifica del sistema avvenuto nel 1970, né all'obiettivo del raggiungimento dell'autonomia finanziaria della CEE/CE/UE.

GRAFICO 2. EVOLUZIONE DEL SISTEMA DELLE RISORSE PROPRIE DELL'UE (1971-2018)



Fonte: Elaborazione propria con i dati della Commissione europea (DG BUDG + Eurostat)

5. L'autonomia finanziaria comunitaria, è in crisi per diverse ragioni.

Il peso delle finanze comunitarie, sempre più deboli rispetto ai livelli auspicati che corrispondono al grado d'integrazione dell'UE. Il primo problema e di conseguenza la prima sfida, è la sufficienza o insufficienza dell'importo massimale di risorse proprie pari all'1,23%¹⁸ del totale del RNL degli Stati membri. Tenendo conto che, secondo l'art. 310 TFUE, nel bilancio le entrate e le spese devono risultare in pareggio, lo sviluppo delle politiche di spesa è limitato a questo tetto di risorse proprie. Questa percentuale ci indica il livello molto basso di autonomia finanziaria dell'Unione europea come entità sovranazionale (BARBERAN, 1994), inferiore alle percentuali minime tipiche di uno Stato prefederale (fra il 2,5% ed il 7% riferite dal rapporto MacDougall, 1977).

La struttura attuale del sistema si allontana sempre più dal principio dell'autonomia finanziaria. Le vere risorse proprie – RPT –, legate alle politiche comuni e la cui capacità normativa appartiene all'UE, diminuiscono significativamente in volume poiché i dazi doganali possono essere modificati soltanto mediante negoziati multilaterali nell'ambito dell'OMC e lo stesso dicasi per i dazi e i prelievi previsti nell'ambito dell'organizzazione comune dei mercati nel settore agricolo che dipendono anche dai prezzi agricoli mondiali. Le risorse più importanti attualmente non presentano alcun nesso con gli obiettivi politici dell'UE perché si tratta piuttosto

¹⁸ Art. 3 della decisione 2014/355/UE.

di un finanziamento basato in gran parte sugli aggregati statistici, che sono slegati dalle politiche dell'UE.

La risorsa basata sul “PNL” oggi “RNL”, fu concepita come strumento di riequilibrio, e oggi invece rappresenta circa il 74% del bilancio; questa risorsa garantisce stabilità e adeguatezza, ma essendo elevata mantiene viva la percezione che i contributi nazionali al bilancio dell'UE costituiscano un mero fattore di costo.

La difficoltà di assegnare le risorse proprie tradizionali agli Stati membri in cui veramente si realizza il presupposto dell'imposta. Nel caso dei dazi questo fenomeno è conosciuto quale “effetto Rotterdam”, pur esistendo anche l'effetto Anversa. Quando una merce proveniente da un Paese terzo entra nel territorio UE è sottoposta al pagamento del dazio doganale nel primo porto o dogana in cui arriva. Il dazio si contabilizza in detto Paese come se questo avesse realizzato un'importazione. Ciononostante, si è constatato che nel caso di grandi porti come quelli Rotterdam o Anversa¹⁹, la realtà è ben diversa, perché le merci che entrano nell'UE attraverso dette località non hanno come destinazione ultima l'Olanda o il Belgio, poiché si tratta in effetti di importazioni non olandesi o belghe, ma di altri Paesi (effetto Rotterdam di primo tipo). In altre occasioni, anche se la destinazione finale non è l'Olanda o il Belgio, il dazio subisce delle trasformazioni in detti Paesi e poi continua il viaggio verso la destinazione finale come se si trattasse di una compravendita intracomunitaria (effetto Rotterdam di secondo tipo).

In termini assoluti, sul totale delle risorse proprie, questi effetti non sono preoccupanti, nonostante accada il contrario in termini relativi. Nello studio sostenuto dalla Commissione europea²⁰ si dimostra che soltanto il 47% delle merci, che entrano e pagano dazi ad Anversa, hanno la loro destinazione finale in Belgio o nel Lussemburgo e che il 53% restante si dirige in altri Stati membri (la Francia con un 18,2 % e la Germania, con un 14,1%, sono gli Stati che ricevono la maggiore parte di queste merci). Nel caso del porto di Rotterdam, soltanto il 54% delle merci che entrano rimangono in Olanda, il resto hanno per destinazione finale un altro Paese UE (Belgio/Lussemburgo il 17,9%, Germania il 12,9%, ecc.).

In sostanza, il problema che vogliamo sollevare è che nel caso delle RPT esistono certe difficoltà che alterano i dati reali, come i citati effetti Rotterdam e Anversa, i quali ci permettono di spiegare perché la parte delle RPT in detti Paesi è circa tre volte superiore alla media comunitaria. In vista di queste difficoltà, quando si tratta di stabilire le disparità di carico fiscale fra gli Stati membri, si realizza il calcolo escludendo le RPT.

Il problema degli squilibri di bilancio da parte dei Paesi (saldi netti) e le loro correzioni. Si tratta più che altro di un calcolo dei saldi netti di contribuzione degli Stati membri, ovvero un saldo fra quello che apportano al bilancio UE e quello che ricevono per le politiche di spesa e la sua relazione con il livello di prosperità del Paese. Questo problema fu sollevato per la prima volta nel Consiglio europeo di Fontainebleau rispetto al Regno Unito per quanto riguarda il cosiddetto assegno

¹⁹ La Commissione europea ha incaricato un gruppo di esperti, fra i quali figura il Prof. A. Verbeke, di realizzare uno studio empirico per poter valutare il volume di questi effetti. I risultati di questi lavori appartengono alla Commissione europea, ciononostante, dalle nostre conversazioni di lavoro con i responsabili del tema, abbiamo potuto conoscere alcuni di questi risultati che evidenziano realmente l'esistenza di questi effetti.

²⁰ Cfr. nota 13.

britannico del 1984²¹, consistente in una compensazione in forma di misure specifiche di spesa a suo favore, e successivamente per il meccanismo correttore adottato nel Consiglio di Dublino²² come soluzione alla questione britannica, e che influisce attualmente su 5 Stati membri (UK, D, A, S e NL).

Oggi le condizioni oggettive alla base dei meccanismi di correzione sono diverse: la parte rappresentata dalla PAC nel bilancio dell'UE (del 69% nel 1984 al 40% nel 2013) e il finanziamento su base IVA sono diminuiti notevolmente: dal 57% al 12% nello stesso periodo, mentre il PIL *pro capite* del Regno Unito è uno dei più prosperi dell'UE (105,4% PIL/H SPA dell'UE28).

Inoltre sono state concesse ad alcuni Stati membri, il cui onere di bilancio continuava ad essere considerato eccessivo rispetto ad altri, riduzioni o meccanismi di correzione, conosciuti come “sconto sullo sconto”, ovvero una riduzione permanente del loro contributo alla correzione a favore del Regno Unito sul versante della spesa con i suoi contributi nazionali. Le correzioni sono anche state modificate: la Germania, i Paesi Bassi e la Svezia hanno ottenuto la riduzione temporanea delle aliquote di prelievo sull'imposta sul valore aggiunto per il periodo 2014-2020; l'Austria, i Paesi Bassi, la Svezia e la Danimarca hanno inoltre beneficiato di una riduzione forfettaria dei contributi basati sul reddito nazionale lordo.

In nessun punto dei Trattati costitutivi della CE si parlava, allora, del rispetto dei saldi netti degli Stati membri. L'idea centrale del sistema attuale è precisamente quella di evitare il ricorso a trasferimenti per Paese e che il sistema si basi su una relazione “tra i cittadini dell'UE” attraverso un sistema di risorse proprie dell'UE. Per questo motivo non c'è una sola definizione di saldo di bilancio²³, e neppure un solo metodo di calcolo del saldo dello stesso bilancio. Si tratta di un concetto puramente contabile che non tiene conto di tutti i vantaggi derivati dalle politiche di bilancio comunitarie che favoriscono tutti i cittadini europei indipendentemente dalla loro nazionalità. Questo calcolo, inoltre, si rivela “ingannevole” per quanto riguarda l'attribuzione nazionale di alcune entrate comunitarie (VEGA MOCORO, 1997)²⁴, incidendo negativamente sulla trasparenza e visibilità del sistema e sul *deficit* d'autonomia finanziaria dell'UE, per questo causa un vero problema al sistema delle risorse proprie attuali.

La correzione britannica, così com'è calcolata oggi, è un meccanismo complesso e quindi nello spirito di trasparenza ed equità dovrebbe essere soppressa e sostituita da un altro sistema, forse basato sugli importi forfettari. La Brexit produrrà la fine dello “sconto” britannico e degli altri “sconti sullo sconto” e fornisce all'UE un'opportunità per riesaminare i problemi degli squilibri.

Le correzioni per risolvere il problema dei saldi netti consistono in un numero crescente di meccanismi di correzione, che però contribuiscono ad avere un sistema opaco e complesso. Molti politici nazionali considerano il contributo degli Stati

²¹ Consiglio europeo di Fontainebleau del 1984.

²² COM(87)101 fin., del 28 febbraio 1998.

²³ Commissione delle Comunità europee (1997), “contributi di bilancio, spese dell'Unione europea, saldi di bilancio e prosperità relativa degli Stati membri”. Ecofin 13 ottobre 1997. La definizione del tipo saldo operativo è la differenza tra tutti gli importi versati al bilancio e tutti gli importi riscossi del bilancio, tranne le spese amministrative e quelle legate ad altre istituzioni dell'UE; la definizione del tipo correzione a favore del Regno Unito serve al suo calcolo.

²⁴ C.d. effetti Rotterdam ed Anversa.

membri come una spesa che crea tensioni e inquina ogni discussione circa il bilancio dell'UE.

Il sistema di risorse proprie del bilancio dell'UE è isolato dai principali sviluppi che interessano l'Unione europea. Il bilancio dell'UE, più che essere determinato dalla disponibilità delle entrate, è incentrato sul versante della spesa. Ciò implica che la parte “entrate” del bilancio, ovvero il sistema delle “risorse proprie”, ha garantito un quadro affidabile e resiliente, pienamente conforme al principio dell'equilibrio. Una maggiore attenzione ai beni pubblici di dimensione europea e a un'efficiente e sana gestione delle finanze pubbliche deve diventare un elemento distintivo delle modifiche da apportare al versante delle entrate. L'efficacia del bilancio generale dell'UE dipende dalla capacità di affrontare le *priorità dell'UE*, siano esse sfide economiche, geopolitiche e relative alla sicurezza, sociali o culturali. Tale sforzo non è favorito dall'attuale sistema di finanziamento che, gradualmente, è divenuto un sistema di contributi nazionali, nel quale il bilancio UE è percepito come un gioco a somma zero fra i “contribuenti netti” e i “beneficiari netti”, invece di contribuire al raggiungimento degli obiettivi politici dell'UE.

I problemi relativi al sistema di risorse proprie causano all'Unione europea un *deficit* d'autonomia finanziaria, una mancanza di trasparenza del sistema per i cittadini europei, una perdita d'efficacia nell'assegnazione di risorse ed una più grande complessità del sistema²⁵.

6. I problemi appena analizzati conducono alla crisi del principio d'autonomia finanziaria, che ha ispirato nel 1970 un sistema di finanziamento dell'UE, basato sul sistema di risorse proprie. La ricerca di una soluzione ottimale a questi problemi esige una riforma del sistema di finanziamento attuale. Da un punto di vista teorico possono prospettarsi tre soluzioni generali. Il libro bianco della Commissione²⁶ invece propone cinque diversi scenari per la riforma del sistema nella UE27, variando da una soluzione semplice ad una più complessa, di cui, la nuova proposta di decisione sulle risorse proprie²⁷ si basa soltanto su una *semplificazione del sistema: sistema di finanziamento basato esclusivamente sulla RNL*. Il sistema di finanziamento dell'Unione europea ha già subito una semplificazione per adattarsi alla strategia SLIM (*Simplification, Legislation, Internal Market*) dal punto di vista legale. Il Trattato di Lisbona crea un nuovo quadro giuridico con tre disposizioni: 1) art. 311 TFUE: norma di rango giuridico primario stabilisce che il bilancio sarà finanziato con il sistema di risorse proprie e che il Consiglio adotterà una decisione (DRP) all'unanimità; 2) art. 311, par. 4, TFUE: per il Consiglio mediante regolamenti adottata con una procedura legislativa speciale le misure di esecuzione del sistema delle risorse proprie dell'UE; 3) l'art. 322, par. 2, TFUE: il Consiglio fissa le modalità e la procedura secondo le quali le entrate sono messe a disposizione della Commissione.

Da un punto di vista strutturale, il sistema, se semplificato, sarebbe basato solo sui contributi finanziari degli Stati UE. Così si abbandonerebbe il “vero spirito del

²⁵ Complessità poiché il suo funzionamento comporta determinazioni di massimale della base della terza risorsa, calcoli statistici allontanati dal concetto teorico di questa risorsa e lo stabilimento di un meccanismo di compensazione degli squilibri di bilancio negativi che interessano anche la terza risorsa.

²⁶ COM(2017)358 fin.

²⁷ COM(2018)325 fin.

sistema di risorse proprie” e inoltre la soppressione della risorsa propria basata sull’IVA, poiché è una risorsa complessa che richiede molto lavoro amministrativo per ottenere una base armonizzata e che offre scarso valore aggiunto rispetto alla risorsa propria basata sull’RNL. Un sistema di finanziamento basato esclusivamente sulla RNL si allineerebbe con il sistema normale di finanziamento delle altre organizzazioni internazionali. Il sistema sarebbe coerente con i principi di “equità” e della semplicità, ma non con quelli di autonomia finanziaria e di trasparenza, di fronte al cittadino UE e alle politiche comunitarie. Tuttavia, questa soluzione non risolve, nelle sue cause, i principali problemi individuati poiché le questioni legate agli squilibri di bilancio attengono alle spese (REIGNER-HELDMAIER, 1999).

Questa soluzione, sarebbe contraria alla proposta che nel quadro finanziario 2020-2017²⁸ invita a lavorare su un bilancio, “un bilancio moderno”, attraverso il quale l’Unione si trovi ad affrontare la necessità di finanziare nuove priorità dell’Unione e beni pubblici europei; il valore aggiunto europeo deve essere al centro del bilancio.

In questo contesto il versante “entrate” del bilancio dell’UE non può essere isolato dai principali sviluppi che interessano l’Unione europea; si deve dare maggiore visibilità alla relazione tra le risorse proprie e le politiche dell’UE, di modo che le risorse proprie sarebbero collegate in modo più visibile alle politiche dell’UE.

Mantenere il sistema attuale di finanziamento nella sua struttura e nelle sue componenti. La soluzione implica mantenere il sistema attuale nella sua struttura e nelle sue componenti e migliorare il sistema di correzione degli squilibri, attraverso l’adozione di un sistema generalizzato di correzione degli squilibri di bilancio negativi ed eccessivi²⁹. Per risolvere il problema dei saldi netti, si dovrebbe agire sulla causa, ossia costruire un sistema di “perequation”, ovvero di parificazione o compensazione attraverso sovvenzioni (“politiche di spese e non di entrate”), accordate agli Stati con un nuovo strumento destinato ad ottenere l’equità “globale” in termini di saldi netti.

Questa proposta potrebbe iscriversi nel quadro dei meccanismi “dei trasferimenti compensativi tipo” per ridurre o eliminare le diseguaglianze tra Stati (OATES, 1977), o nel quadro dei trasferimenti di sovvenzione senza contropartita (MATHEWS, 1977). L’uscita del Regno Unito dall’UE impone oggi di esaminare l’eliminazione del menzionato complesso sistema di correzioni e sconti, che potrebbe gradualmente essere eliminato entro il 2025.

7. Questa soluzione mantiene l’attuale sistema di risorse proprie e ne propone il miglioramento attraverso un cambiamento nella sua struttura attuale, diminuendo il peso delle risorse proprie di carattere finanziario; si risolverebbero così alcuni problemi attuali, come l’opacità del sistema, la mancanza di legame tra i cittadini europei e l’UE in materia di finanze e, infine, gli squilibri di bilancio.

La proposta non punta ad aumentare l’onere fiscale per il contribuente dell’UE. Si tratterebbe di una riduzione dei contributi nazionali, associata a una spesa

²⁸ COM(2018)321 fin., del 2 maggio 2018.

²⁹ Nella proposta di decisione del Consiglio del 2011 (2011/0183), non approvata, si proponeva un nuovo sistema di importi forfettari, che avrebbero dovuto sostituire i meccanismi di correzione preesistenti mediante un sistema di riduzioni forfettarie dei versamenti a titolo di risorsa propria basata sull’RNL.

dell'UE meglio congegnata per sostenere le politiche con maggiore valore aggiunto e stabilire entrate derivate dalle scelte politiche europee.

Questo cambiamento di struttura può essere realizzato attraverso diverse opzioni: con l'incorporazione al sistema di nuove imposte di carattere europeo, o mediante nuove risorse proprie in base ad imposte nazionali già esistenti, però conservando le attuali risorse proprie tradizionali e una risorsa propria basata sull'RNL che conferisca stabilità finanziaria e un bilancio equilibrato al sistema.

La nostra proposta è una giusta combinazione di entrambe, cioè l'introduzione di nuove risorse, che rispecchierebbe lo spostamento progressivo della struttura del bilancio verso politiche più vicine ai cittadini UE, destinate a consolidare i beni pubblici europei e ad offrire un maggiore valore aggiunto. Su questa base, i "candidati" più probabili a diventare risorse proprie sono: un'imposta sul cambiamento climatico, un'imposta dell'UE sulle transazioni finanziarie e/o un'imposta sui rifiuti della plastica nell'ambiente, che contribuirebbe ad affrontare i problemi ambientali (migliorando l'economia del riciclaggio).

Occorre sviluppare nuovi cespiti di entrata sfruttando i vantaggi di un'impostazione sovranazionale, laddove la mobilità di alcune basi fiscali è troppo elevata per consentire un'azione efficace da parte degli Stati membri singolarmente.

Parallelamente, si potrebbe modificare l'attuale risorsa IVA (opaca e complessa), che comporta molto lavoro amministrativo per ottenere una base armonizzata e offre scarso valore aggiunto rispetto al più alto valore aggiunto della risorsa propria basata sul RNL, e lavorare a una nuova risorsa IVA, che darebbe nuovo slancio allo sviluppo del mercato interno, rafforzando l'armonizzazione dei regimi IVA nazionali. La nuova risorsa IVA sarebbe uno degli aspetti di un regime IVA dell'UE fortemente rimodellato sulla scia del libro verde sul futuro dell'IVA. La nuova iniziativa comprenderà l'eliminazione di una serie di esenzioni o deroghe che nuocciono al corretto funzionamento del mercato interno e alle misure volte a ridurre le frodi sull'IVA nell'UE.

Le proposte dell'HLGOR, della Commissione³⁰, del Parlamento e del Consiglio presentano opzioni di riforma del sistema di questo tipo, con un cambiamento della struttura attuale e con altre nuove risorse.

8. Per valutare la migliore soluzione per un sistema di finanziamento riformato a medio e lungo termine nel quadro della terza soluzione analizzata prima, distingueremo i criteri³¹ che deve rispettare un sistema fiscale per stabilire una struttura ottimale per le finanze pubbliche, le sue specificità nel quadro europeo ed il livello

³⁰ COM(2017)358 fin. Il libro bianco presenta cinque scenari esemplificativi con diverse implicazioni per le finanze dell'UE in termini di entità, struttura e grado di modifica/modernizzazione del bilancio. Sono possibili varie combinazioni e diversi elementi strutturali sono compatibili fra di loro, in quanto le opzioni e gli scenari non sono completamente distinti né si escludono a vicenda: 1) Avanti così l'UE-27; 2) Fare di meno insieme l'UE-27; 3) Alcuni fanno di più nella l'UE-27; 4) Riprogettazione radicale: l'UE-27; 5) Fare molto di più insieme UE-27. Lo scenario con un maggiore valore aggiunto comunitario sarebbe il quinto, però occorrerebbe una riforma approfondita delle entrate.

³¹ Indipendentemente dal termine utilizzato (principi, postulati, direttive, norme o criteri), si tratta dei precetti del dovere essere (ciò che è normativo), poiché sono formulati per il conseguimento di alcuni obiettivi.

di soddisfacimento di questi criteri da parte dei possibili candidati a diventare risorse proprie.

Si tratta di comprendere se l'insieme coerente di elementi organizzati che permette all'UE, attraverso l'introduzione di diversi prelievi obbligatori per garantire il conseguimento degli obiettivi economici determinati nei Trattati, debba rispettare una serie di principi di natura diversa: economica, etica, operativa e strategica. Secondo GERLOFF (1926) il soddisfacimento di questi criteri deve permettere di giudicare la razionalità di un sistema fiscale.

Il sistema di risorse proprie europee è un sistema di finanziamento *sui generis* rispetto a quelli degli Stati membri; da un lato, il limite massimo di spese determina quello di entrate e quest'ultimo è abbastanza ridotto per quanto riguarda altre formule di federalismo fiscale e, dall'altro, esiste una grande eterogeneità³² tra le entrate obbligatorie del sistema. Un sistema di finanziamento come questo, deve essere valutato rispetto al livello di soddisfacimento di tutti i criteri per raggiungere i suoi obiettivi (DE LECEA *e al.* 1999). Tuttavia, la creazione di una nuova risorsa propria dipenderà piuttosto da una scelta politica, dopo aver analizzato il compimento dei principi considerati essenziali rispetto ad altri considerati secondari.

Secondo gli autori più importanti nel settore delle finanze pubbliche³³, i principi della fiscalità si ricavano dagli obiettivi a cui le imposte devono servire nel contesto sociale. Il nostro principale obiettivo consiste nel verificare quali sono i principi applicati al sistema comunitario. Diversi attori istituzionali (HLGOR; Commissione e Parlamento) che si sono occupati della riforma del sistema delle risorse proprie hanno identificato i criteri generali e quelli specifici nel quadro UE. Rispetto ai criteri proposti dalle istituzioni precedenti, l'HLGOR adotta un criterio generale in più (la *democratic accountability*: responsabilità democratica) e uno specifico per l'UE (il "costo politico limitato nella negoziazione").

A questo proposito, noi, seguendo la teoria finanziaria, li raggrupperemo attorno a quattro obiettivi che generano le seguenti categorie di criteri³⁴: 1) a carattere morale o "etico", il cui scopo è la giustizia; 2) a carattere economico, il cui scopo è l'assegnazione efficiente di risorse, la stabilità e la crescita economica; 3) a carattere tecnico, il cui scopo è chiaramente operativo; 4) i criteri politici specifici per il caso europeo, poiché il loro compimento garantisce il successo di una strategia politica

³² Le RPT, in cui l'assegnazione delle entrate si sostiene sul principio della territorialità: i dazi doganali ed i diritti agricoli sono tasse federali, la loro portata geografica coincide con quella che subisce il carico fiscale (luogo della transazione), gli Stati membri non fanno che raccoglierle e percepiscono una piccola percentuale per questo. Per quanto riguarda la risorsa IVA, si tratta di un'imposta nazionale, armonizzata nelle basi e leggermente nelle aliquote, ma la cui responsabilità fiscale (potere legislativo, di competenza e delle entrate) è nazionale, benché ci sia *una divisione del prodotto* (MC DOUGALL 1977), quando le entrate provenienti dall'imposta sono distribuite tra molti livelli (nazionale e comunitario). Infine, per quanto riguarda la risorsa RNL che è calcolata come un elemento residuo, non si può parlare di un'imposta, ma di un contributo nazionale, il cui potere fiscale è nazionale ed i contribuenti sono gli Stati membri e non i cittadini europei; la trasparenza o "visibility" del sistema risulta quindi danneggiata di fronte ai cittadini europei.

³³ SANDMO (1976), SELIGMAN (1926), NEUMARK (1974), EINAUDI (1958), MEADE (1978), STAMP (1923).

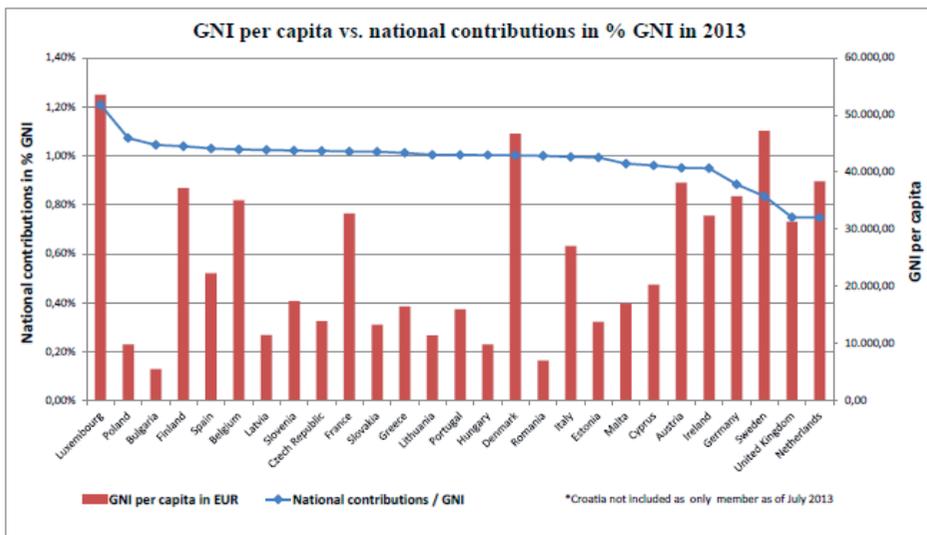
³⁴ L'Agenda 2000 teneva conto di 9 criteri (2 primari e 7 secondari); invece la Commissione europea, nel suo ultimo studio a questo riguardo (Working papers n. 1/2004, della serie *taxation papers*) presenta 8 criteri e quella 2011 ne tiene in considerazione 8.

concreta, nel caso dell'UE lo sviluppo del processo d'integrazione europeo e dei suoi obiettivi.

Il soddisfacimento dei principi o criteri “a carattere morale” ha per scopo l'*e-quità*, ottenuta attraverso una divisione del carico fiscale tra gli individui o tra i Paesi a seconda di chi sia il soggetto. In questa categoria rientra il principio di contributo “giusto”: si tratta di un'alternativa al principio d'equità verticale per gli Stati, poiché i contributi per Stato devono essere realizzati con riferimento alla loro ricchezza economica. Nei sistemi fiscali nazionali il principio di equità riguarda più individui. Il principio d'*equità orizzontale* mira a garantire che le imposte siano uguali per gli individui che abbiano la stessa capacità economica, e che vengano diversificate in caso contrario (principio d'*equità verticale*). Rientra infine nella categoria il principio di *generalità*³⁵, secondo il quale ogni persona con capacità di pagamento deve sottoporsi all'imposta.

Sulla base del principio di contributo giusto si applica nella UE, l'attuale meccanismo di correzione britannico. Gli attuali meccanismi di correzione hanno provocato un effetto contrario al criterio d'equità sulle risorse proprie finanziarie (IVA e RNL), che sono diventate “regressive”, perché i Paesi con un RNL *pro capite* più basso non contribuiscono meno in percentuale del loro RNL, per gli effetti distributivi dei meccanismi di correzione. Si veda il grafico 3.

Grafico 3



Fonte: HLGOR, 1° rapporto 2014.

Per raggiungere la copertura necessaria, per fare fronte alle spese pubbliche, e per non mettere in pericolo la stabilità economica, garantendo un volume di entrate sufficiente per le spese, intervengono i criteri “a carattere economico di bilancio”,

³⁵ NEUMARK (1974).

il cui compimento garantisce il saldo di bilancio. Il criterio di *sufficienza* garantisce che le entrate provenienti dalle imposte siano sufficienti a coprire il livello di spese stabilito, mentre quello di *stabilità* garantisce che le imposte portino entrate più o meno stabili nel corso del tempo.

I criteri “a carattere tecnico” hanno lo scopo di garantire l’*efficienza*, intesa come capacità di raggiungere un obiettivo specifico, sfruttando un numero minimo di risorse. In base al carattere dell’obiettivo da raggiungere, si possono distinguere vari tipi d’efficienza. Per l’efficacia operativa interviene il criterio di *economicità*, ovvero la minimizzazione dei costi d’amministrazione; le imposte devono essere semplici da gestire e comportare costi di gestione e riscossione bassi rispetto al loro prodotto finale. Per l’efficacia tecnica, il principio di *fattibilità e legittimità* prevede che le imposte debbano essere sopportabili ed eque per ciascun contribuente e applicabili per l’amministrazione fiscale³⁶. Quanto all’efficacia economica, sarà completata quando le imposte del sistema europeo che stiamo analizzando soddisferanno il criterio di *contributo all’assegnazione efficace di risorse*: si tratta di contribuire, attraverso le imposte all’ottenimento del miglior comportamento economico possibile degli operatori economici, favorendo lo sviluppo del mercato interno.

Infine, l’efficacia fiscale trova soddisfacimento nel criterio della *visibilità del carico fiscale*, che garantisce che i diritti ed i doveri siano stabiliti in modo chiaro, affinché il contribuente possa interrogare l’amministrazione sul buon utilizzo delle sue entrate.

L’HLGOR aggiunge un altro criterio, ovvero quello della “democratic accountability”, oltre alla disciplina di bilancio: entrambe provengono dalle disposizioni dei Trattati e sono attuabili su tutto il sistema di finanziamento.

Infine, si distinguono i criteri “strategici” a finalità politica dai criteri specifici per l’UE, poiché il loro compimento ha come scopo quello di garantire il successo di una strategia politica concreta, nel caso dell’UE “permettere lo sviluppo del processo d’integrazione europeo ed il conseguimento dei suoi obiettivi”.

Ci riferiamo a tre principi: 1) *relazione dell’imposta con le politiche comunitarie*; 2) *armonizzazione nelle basi e nei tassi*, un principio in relazione con un obiettivo dell’UE, quello dell’armonizzazione fiscale nel quadro del mercato interno e, infine, 3) *particolarismo locale*. Un’imposta provoca una ripartizione arbitraria delle entrate quando la tassa è riscossa a livello locale, cioè risulta arbitrario nella sua base o nella sua raccolta, ed è difficile attribuire il prodotto dell’imposta ad un certo Paese; per questo, la migliore soluzione è attribuire le sue entrate ad una cassa o un tesoro sovranazionale; 4) *sussidiarietà*, un criterio che prevede un intervento dell’Unione solo quando questo potrebbe portare ad un risultato migliore poiché rispetta la sovranità fiscale degli Stati membri.

La razionalità di un sistema fiscale ottimale è basata sulla combinazione delle risorse di varia natura come quelle analizzate. Una riforma funzionale necessita dell’adozione di più criteri possibili, anche se in alcuni casi ci sono contraddizioni fra di essi. Il modo migliore per arrivare ad un consenso è soddisfare il maggior numero di criteri con il miglior risultato.

³⁶ Vedere a questo riguardo come STAMP (1923) definisce la parola “practicability” “in the Fundamental Principles of taxation in the light of Modern developments”. Nel caso europeo, si tratterà dell’amministrazione sovranazionale.

9. Nel breve periodo la disciplina è data dalla citata decisione 2014/335/UE sulle risorse proprie. L'HLGOR ha lavorato e ha presentato³⁷ una soluzione a medio termine, attraverso un cambiamento nella struttura del sistema. Si tratterebbe di mantenere il sistema attuale, con una diminuzione del peso della risorsa RNL, ed in compenso introdurre delle nuove risorse proprie, o attraverso una nuova imposta europea a carattere sopranazionale, o attraverso il trasferimento di una parte della gestione, raccolta e controllo di un'imposta nazionale esistente. In particolare, i principali "candidati" sono: un'IVA riformata, una tassazione del settore finanziario o una tassazione dell'imposta sulle società (base imponibile consolidata comune). Analizzeremo tali soluzioni utilizzando i criteri esposti e dopo studieremo le migliori soluzioni per una riforma necessaria e imminente del sistema.

Imposta europea sul reddito personale. Si tratta di stabilire un'imposta europea sul reddito personale. Tre sono le possibilità della sua applicazione concreta: 1) stabilire un'imposta europea sul reddito *pro capite* in tutta l'UE; 2) stabilire un sovraccarico nei Paesi UE sulle imposte nazionali sul reddito personale; 3) creare un'imposta europea sui rendimenti personali diversi dall'imposta nazionale.

Le sanzioni pecuniarie (UEM). L'incompletezza del criterio relativo al disavanzo pubblico eccessivo comporterebbe come misura dissuasiva, per i Paesi che si trovano in questa situazione, una serie di sanzioni pecuniarie (VEGA MOCOROA, 2005), che tornerebbero al bilancio dell'UE se entro due anni il Paese in questione non adottasse le misure necessarie per correggere il suo *deficit*³⁸.

Imposta sulle transazioni finanziarie. Si tratterebbe di stabilire un'imposta sulle transazioni finanziarie dei mercati di valori, anche detta "tassa Tobin", sotto forma di una tassa sulle transazioni finanziarie (FTT: *Financial transaction tax*). L'idea di una imposta sulle transazioni non è recente, però adesso si ripropone, anche come soluzione per impedire le bolle speculative nella crisi finanziaria del 2008 (HEMMELGARN, NICODÈME, 2010); per esempio, nella proposta di direttiva del Consiglio concernente un sistema comune d'imposta sulle transazioni finanziarie e recante modifica della direttiva 2008/7/CE³⁹ e nel Primo rapporto dell'HLGOR. Il suo obiettivo principale è quello di far partecipare in modo giusto gli enti finanziari ai costi della crisi ed evitare la frammentazione del mercato interno nelle transazioni finanziarie.

La proposta riguarda tutte le transazioni finanziarie, ossia l'acquisto e la vendita di uno strumento finanziario, come azioni delle società, obbligazioni, strumenti del mercato monetario, quote di organismi d'investimento collettivo, prodotti strutturati e derivati e la conclusione o la modifica di contratti derivati, a condizione che almeno una delle parti coinvolte nella transazione sia stabilita in uno Stato membro e che un ente finanziario stabilito in uno Stato UE sia parte coinvolta nella transazione, agendo per conto proprio o per conto di altri soggetti, oppure agendo per conto di una delle parti della transazione. Per il momento, mediante la procedura di "cooperazione rafforzata", 11 Paesi UE⁴⁰ stanno negoziando i dettagli di un'imposta

³⁷ Future financing of the EU. Final report and recommendations of the High Level Group on Own Resources, dicembre 2016.

³⁸ Consiglio europeo di Dublino, 13-14 dicembre 1996.

³⁹ COM(2011)594 def., del 28 settembre 2018.

⁴⁰ L'Austria, il Belgio, l'Estonia, la Francia, la Germania, la Grecia, l'Italia, il Portogallo, la Slovenia, la Slovacchia e la Spagna.

comune sulle transazioni finanziarie, al fine di raggiungere un accordo di compromesso sulla sua applicazione nei rispettivi territori⁴¹. Questa imposta darebbe ai Paesi membri partecipanti delle entrate annuali stimate dell'ordine di 30-35 miliardi di euro, ovvero lo 0,4-0,5% del loro PIL.

Trasferimento all'UE dei redditi del "signoraggio" delle Banche centrali della zona euro. In questo caso ci riferiamo ai redditi di origine monetaria, la cui formazione ricadrebbe nel monopolio della Banca centrale europea come emittente, tanto di cartamoneta, come di depositi obbligatori delle banche commerciali. Il "signoraggio" si presenta come una seria soluzione a futura risorsa propria una volta iniziata la terza fase dell'UEM⁴², sebbene si presentino problemi per quei Paesi che non partecipano a tale fase e che pertanto non contribuiscono a questa nuova risorsa.

Le accise o imposte speciali. Si tratterebbe della cessione delle accise o parte di esse all'amministrazione sovranazionale. Si stabilisce nell'UE un gravame extra sul consumo dei beni oggetto di accisa, come quello che si produce a livello nazionale. Anche in questo caso ci si scontra con un livello di armonizzazione ancora insufficiente.

Imposta sulle comunicazioni. Si tratterebbe di gravare sui servizi di comunicazione con una nuova imposta europea che potrebbe includere il trasporto su strada, il trasporto aereo e le telecomunicazioni; il trasporto per ferrovia non entrerebbe nel campo d'applicazione di quest'imposta per le sue caratteristiche ambientali favorevoli e per la sua dispersione geografica (Parlamento europeo, BEGG *et al.*, 1997).

Imposta europea sulle società. Le possibilità sono due: o il trasferimento all'UE di una parte delle imposte sulle società nazionali, o un'imposta nuova a carattere europeo, la EUCIT (*European Union corporate income tax*); ciò richiederebbe come punto di partenza una base comune consolidata dell'imposta, che dovrebbe essere obbligatoria per le imprese sottoposte all'imposta di società o soltanto per soggetti (imprese multinazionali o europee) che superano un volume d'affare determinato. Una risorsa propria basata sull'imposta sulle società sarebbe giustificata, in quanto le imprese multinazionali beneficiano delle libertà garantite dal mercato unico. Una quota proveniente dal rilancio della "comune base imponibile consolidata per l'imposta sulle società", da introdurre una volta adottata la necessaria legislazione⁴³. Ciò promuoverebbe una tassazione più equa e aiuterebbe a combattere le frodi fiscali o l'elusione fiscale, entrambi obiettivi a forte valore aggiunto europeo.

Un'IVA "modulata". Si tratta di sostituire l'attuale risorsa IVA con una parte dell'IVA nazionale effettiva, con una "soprattassa" sull'IVA nazionale. Ciò significa che l'IVA avrebbe due sezioni o aliquote: nazionale ed europea. Per questo motivo parliamo di un'IVA modulata, senza che il carico fiscale sostenuto dal soggetto aumenti. Gli ultimi studi su quest'argomento (CATTOIR, 2004) prevedono la possibilità di stabilire nel quadro europeo due aliquote diverse (1,5% e 3%) per lottare contro la regressività dell'IVA. Quest'opzione permetterebbe il passaggio della risorsa IVA attuale, che è calcolata statisticamente e rappresenta una percentuale su base armonizzata dell'IVA, a una vera IVA europea. Tuttavia, prima della sua instaurazione è necessario risolvere alcune questioni preliminari che porrebbero dei problemi alla nuova imposta, come

⁴¹ COM(2013)71 fin., del 14 febbraio 2013.

⁴² Si veda in proposito la scheda tematica n. 17 sulle questioni di bilancio e la CIG.

⁴³ COM(2016)685 fin. e COM(2016)683 fin., entrambi del 25 ottobre 2018.

il caso delle “aliquote zero” – cioè esenzioni, regimi speciali e differenze nei regimi attuali di rimborso. Un'altra opzione sarebbe quella di stabilire un'IVA sulle importazioni, opzione che però porrebbe il problema tecnico della deduzione⁴⁴. La risorsa propria semplificata basata sull'imposta sul valore aggiunto sarebbe pienamente compatibile con la proposta della Commissione relativa a un piano di azione in materia di imposta sul valore aggiunto e successive proposte⁴⁵.

Imposta sul cambiamento climatico. Si tratta di una proposta nuova che graverebbe sul trasporto aereo con i suoi effetti nocivi sullo strato d'ozono e sul cambiamento climatico. Un numero considerevole di contributi alla consultazione pubblica lanciata dalla Commissione nell'ambito della conferenza “Riformare il bilancio, cambiare l'Europa” (Bruxelles, 12 novembre 2008) ha messo l'accento sulla mobilitazione verso il bilancio dell'UE dell'insieme o di una parte delle entrate generate dagli scambi di diritti d'emissione dei gas a effetto serra, includendo dal febbraio 2009 anche le attività di trasporto aereo nel sistema comunitario di scambio delle quote di emissioni dei gas a effetto serra; dal 2013 è messo all'asta il 15% delle quote (EU ETS). Il tetto per le emissioni consentite per i settori coperti dal sistema sarà ridotto di anno in anno, con il risultato che entro il 2020 le quote di emissione consentite saranno del 21% inferiori rispetto ai livelli del 2005. Le disposizioni delle direttive 2003/87/CE (del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'Unione Europea, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema di scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra all'interno dell'Unione Europea) e 2008/101/CE (del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'Unione Europea, del 19 novembre 2008, che modifica la direttiva 2003/87/CE al fine di includere le attività di trasporto aereo nel sistema comunitario di scambio delle quote di emissioni dei gas a effetto serra), relative all'uso dei proventi derivanti dalla vendita all'asta delle quote, non dovrebbero pregiudicare alcuna decisione sul loro uso, neanche come nuova risorsa propria⁴⁶. Il trasferimento di queste entrate al bilancio UE fa sì che questa vada considerata uno dei candidati migliori a diventare una nuova risorsa, in virtù dei suoi rapporti con il cambiamento climatico e la politica ambientale UE. Inoltre, la messa all'asta genererà proventi considerevoli per gli Stati membri, i quali concordano di destinarne almeno la metà alla lotta al cambiamento climatico⁴⁷. Sono previste anche delle ammende legate alle quote di emissione, quando queste ultime non saranno rispettate e superate. Per questa nuova imposta non è necessaria una decisione una-

⁴⁴ Mentre il reddito dell'IVA va all'UE, la deduzione dell'imposta potrebbe anche essere a carico degli Stati; in entrambi i casi il volume finale portato da questa IVA sarebbe abbastanza ridotto e, inoltre, con il timore che l'OMC non vedrebbe di un buon occhio un'IVA sulle importazioni, che potrebbe essere confusa con “un nuovo” dazio doganale.

⁴⁵ COM(2016)148 fin., del 7 aprile 2016, e successive proposte.

⁴⁶ Il trasferimento di quote di emissione effettuate a titolo oneroso da un soggetto passivo che agisce in quanto tale costituiscono delle prestazioni di servizi soggette all'IVA (art. 9, direttiva 77/388/CEE, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme; adesso art. 56, direttiva 2006/112/CE, del 28 novembre 2006 relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto).

⁴⁷ Nella proposta di decisione – COM(2018)325 fin. – si propone di istituire come risorsa propria un contributo del sistema di scambio delle emissioni al bilancio dell'Unione, che comporterebbe il conferimento al bilancio dell'UE di una quota del 20% di taluni introiti sul totale delle quote disponibili per la vendita all'asta.

nime del Consiglio, perché non si tratta di una questione legata alla fiscalità, ma al cambiamento climatico e alla politica ambientale.

Imposta sull'energia (carbon tax). Si tratta di un'imposta sulle vendite che grava in modo generale o specifico, però con un'aliquota più elevata per quei beni la cui trasformazione o utilizzazione può produrre effetti negativi sull'ambiente. Nel 1992 si propose di stabilire un'imposta diretta sulle emissioni di CO₂, alla stregua delle imposte ambientali spagnole di tipo regionale (tassa sull'inquinamento dell'aria, tassa sull'inquinamento) o della nuova imposta ambientale disposta da Nicolas Sarkozy per la Francia nel 2010, solo a livello comunitario.

Il Consiglio europeo di Essen del 1995 stabilì che l'introduzione di una nuova imposta armonizzata sul CO₂ nel territorio comunitario non era necessaria, nonostante alcuni Paesi europei l'avessero introdotta. Invece di un'imposta sull'energia, in questa occasione si tratta di una risorsa vicina ad un'imposta ambientale. Attualmente, quando si parla dell'imposta sull'energia ci si riferisce ad un'imposta su diverse fonti d'energia, come oli minerali, gas naturale, elettricità e carbone, che è inquadrata nel quadro d'attività della direttiva approvata nel 2003⁴⁸, nella quale si stabiliscono la base armonizzata ed i minimi di aliquote fiscali (VEGA MOCOROA, 1998). Questa tassa è stata pensata per completare la risorsa relativa alle aste del sistema europeo di scambio delle quote di emissioni.

10. Lo studio del grado di soddisfacimento dei criteri in ogni possibile formula, condotto precedentemente, ci permette di elaborare una tabella comparativa tra esse, che ci consentirà di valutarli ed avere una visione del futuro sistema di risorse proprie⁴⁹.

Nella tabella 1 ci sono tutti i candidati a futura risorsa propria. Ottenere una valutazione numerica della tabella 1 (analisi comparativa del livello di soddisfacimento dei criteri per "candidato") è necessaria ora per aiutarci a prendere la decisione migliore per la nuova struttura del sistema. Per questo, attribuiamo ai voti A, M, B dei valori numerici 1, 2, 3, nel modo seguente: A=3, M=2 e B=1. Con questi valori numerici attribuiti ai voti A, M, B, otterremo un valore globale per ogni candidato ed i migliori candidati otterranno i massimi voti. Quindi, la valutazione generale deriverà dalla funzione di valutazione definita ed il suo risultato numerico. Il posto dei candidati è quello indicato nella tabella 2, ordinato dal migliore al peggior risultato. Tuttavia sarebbe troppo semplice concludere che il migliore risultato debba corrispondere al nuovo candidato al sistema di risorse, ma considereremo come buoni, quei candidati di cui il risultato sarà

$$\sum_{i=1}^{13} x_i^j \geq 26$$

Dobbiamo tener presente che nel nostro modello abbiamo valutato 13 criteri differenti senza la loro comparazione, e che, cosa più importante, non abbiamo considerato il fatto che ci sono 4 categorie principali di criteri, per questo motivo il risultato non sarà troppo preciso.

⁴⁸ Direttiva 2003/96/CE, del 27 ottobre 2003.

⁴⁹ Questo metodo di valutazione è stato utilizzato da VEGA MOCOROA (2011).

Tabella 1. ANALISI COMPARATIVA DEL LIVELLO DI SODDISFACIMENTO DEI CRITERI PER “CANDIDATO”

CRITERI CANDIDATI	ECONOMICI		ETICA		TECNICHE			STRATEGICI						
	F. di bilancio	Stabilità	Contributo	Equità orizzontale	Equità verticale	Generalità	Economicità	Fattibilità (attuabilità)	Assegnazione efficiente di risorse	Visibilità del carico fiscale	Relazione con le politiche comuni dell'UE	Impontibile armonizzato	Particolatismo locale	Costo politico limitato
<i>Imposta europea sul reddito personale</i>	A	A	M	M	A	A	M	B	M	A	B	B	B	B
<i>Sanzioni pecuniarie (UEM)</i>	B	B	B	A	A	B	A	M	A	M	A	M	B	A
<i>Imposta sulle transazioni finanziarie</i>	A	A	M	A	A	M	A	M	M	M	A	M	M	M
<i>Trasferimento all'UE dei redditi del “signoraggio”</i>	B	M	M	A	M	M	A	M	M	B	A	A	M	M
<i>Accise o imposte speciali</i>	M	A	B	A	B	M	A	M	A	M	A	A	M	M
<i>Imposta sulle comunicazioni</i>	B	M	M	A	M	M	M	M	B	M	B	M	M	M
<i>Imposta sul cambiamento climatico</i>	M	M	M	A	M	M	A	A	A	M	A	A	M	M
<i>Imposta sull'energia (carbon tax)</i>	M	A	M	A	M	M	A	A	A	M	A	M	M	M
<i>Imposta europea sulle società</i>	M	M	M	A	A	M	M	M	A	M	A	A	M	A
<i>IVA “modulata”</i>	A	A	M	A	M	A	A	A	M	A	A	A	M	A

Fonte: Elaborazione propria sulla base di *European Commission Tax Papers*, Working paper n. 1/2004 + COM(2004)505 fin. + HLGOR.

A = livello di conformità alto; M = livello di conformità medio; e, B = livello di conformità basso.

Tabella 2 - *Ranking* dei “candidati” (senza restrizioni)

<u>CANDIDATI</u>	<u>VALUTAZIONE</u>
$x^{10} = \text{IVA “modulata”}$	$\sum_{i=1}^{14} x_i^{10} = \underline{38}$
$x^3 = \text{Imposta sulle transazioni finanziarie}$	$\sum_{i=1}^{14} x_i^3 = \underline{34}$
$x^7 = \text{Imposta sul cambiamento climatico}$	$\sum_{i=1}^{14} x_i^7 = \underline{34}$
$x^8 = \text{Imposta sull’energia (carbon tax)}$	$\sum_{i=1}^{14} x_i^8 = \underline{34}$
$x^9 = \text{Imposta europea sulle società}$	$\sum_{i=1}^{14} x_i^9 = \underline{34}$
$x^5 = \text{Accise o imposte speciali}$	$\sum_{i=1}^{14} x_i^5 = \underline{32}$
$x^4 = \text{Trasferimento all’UE dei redditi del “signoraggio”}$	$\sum_{i=1}^{14} x_i^4 = \underline{30}$
$x^2 = \text{Sanzioni pecuniarie (UEM)}$	$\sum_{i=1}^{14} x_i^2 = \underline{29}$
$x^1 = \text{Imposta europea sul reddito personale}$	$\sum_{i=1}^{14} x_i^1 = \underline{28}$
$x^6 = \text{Imposta sulle comunicazioni}$	$\sum_{i=1}^{14} x_i^6 = \underline{26}$

Il sistema deve rinnovarsi all’orizzonte del 2018. La nuova risorsa propria fiscale deve essere pronta entro un periodo massimo di 3 anni e l’opzione migliore sarà quella che presenta minori problemi per rispettare questo termine; tuttavia questa nuova proposta dovrà essere decisa all’unanimità ed essere ratificato successivamente dagli Stati membri. Se consideriamo il fatto che ci sono 4 categorie principali di criteri, e che l’opzione migliore supera il valore medio per categorie.

$\sum_{i=1}^2 x_i^j \geq 4$	$\sum_{i=3}^6 x_i^j \geq 8$	$\sum_{i=7}^{10} x_i^j \geq 8$	$\sum_{i=11}^{14} x_i^j \geq 8$
-----------------------------	-----------------------------	--------------------------------	---------------------------------

Soltanto i seguenti cinque candidati risultano quali futura risorsa propria fiscale che presentano risultati migliori. Si tratta: 1) dell'imposta sulla energia 2) dell'imposta sul cambiamento climatico; 3) dell'imposta europea sulle società, 4) dell'imposta sulle transazioni finanziarie e 5) dell'IVA modulata. 1) Una risorsa basata sul consumo d'energia e concepita come un'imposta dell'UE su un insieme di prodotti energetici. Ad esempio una tassa di X euro su un barile di petrolio per il trasporto su strada sarebbe una fonte di finanziamento sufficiente e stabile e creerebbe un obbligo diretto con i cittadini. 2) Una risorsa basata sulla mobilitazione verso il bilancio dell'UE, dell'insieme o di una parte delle entrate generate dagli scambi dei diritti d'emissione dei gas a effetto serra, che include dal febbraio 2009, anche le attività di trasporto aereo nel sistema comunitario di scambio delle quote di emissioni dei gas a effetto serra. 3) Anche le entrate di una base imponibile armonizzata dell'imposta di società sarebbero una buona risorsa propria, poiché contribuirebbero al funzionamento adeguato del mercato interno e ad un'assegnazione più efficace delle risorse economiche. 4) Un'imposta sulle transazioni finanziarie dei mercati di valori il cui obiettivo principale è di far partecipare in modo giusto gli enti finanziari ai costi della crisi ed evitare la frammentazione del mercato interno. 5) Tuttavia, la soluzione migliore per un futuro cambiamento, proviene dall'opzione dell'IVA "modulata" in base all'IVA nazionale.

L'armonizzazione della base imponibile nel quadro dell'IVA è abbastanza avanzata e costituisce una fonte di entrate stabile e sufficiente. Una risorsa fiscale IVA renderebbe il finanziamento dell'UE straordinariamente visibile per i cittadini. Avrebbe un carattere evolutivo ed un effetto positivo sull'armonizzazione dell'IVA (aliquota zero, regimi speciali ed esenzioni della base) e da un punto di vista amministrativo, non presenterebbe difficoltà insormontabili.

Ecco una prova della nuova tendenza nell'economia pubblica a preferire l'efficienza rispetto all'equità, perché ancora e fino quando non si abolirà qualsiasi meccanismo di correzione sul versante delle entrate tra Paesi, l'equità tra Paesi e cittadini europei sono talmente diversi, che impediscono di riflettere correttamente i benefici collettivi della spesa dell'UE, nonché i costi e i benefici a livello del singolo Stato membro, mai considerato questo ultimo nei Trattati quale vero obiettivo dell'UE.

11. Il futuro del sistema di risorse proprie esige l'adozione di misure che incidano sulla causa dei problemi analizzati e che mirino ad un cambiamento nella struttura del sistema attuale. Si tratterà di introdurre una nuova risorsa propria, superando i principali inconvenienti del sistema attuale, cioè: la mancanza di obblighi diretti con i cittadini dell'UE, la dipendenza schiacciante dei trasferimenti dal patrimonio nazionale ed una complessità ingiustificata. Una risorsa IVA veramente fiscale – "l'IVA modulata" – risulta il candidato più plausibile nel breve termine a nuova risorsa propria, seguita dall'imposta europea sulle società, dal cambiamento climatico, dall'imposta sulle transazioni finanziaria, e dall'imposta sull'energia. La risorsa basata sulla RNL continuerebbe a svolgere un ruolo importante, ma rappresenterebbe una parte più piccola del totale delle risorse proprie nel sistema attuale, cosa che sarebbe più conforme con la loro caratteristica di risorsa complementare.

Concludendo, potremmo anche pensare a medio e lungo termine, ma in questo caso, le proposte, saranno in relazione con le priorità politiche dell'integrazione europea e lo sviluppo del federalismo fiscale nell'UE. Il sistema di risorse proprie

come strumento di un processo d'integrazione dinamica nel tempo, deve guardare al futuro e non può accontentarsi di un'opzione a chiusura stagna nel tempo; è per questo che vanno affinati gli elementi di un sistema futuro rispettoso dell'autonomia finanziaria che cercherà di migliorare la relazione tra il contribuente europeo e l'UE.

12. Attualmente si tratterebbe di presentare una riforma attuabile per il periodo 2021-2017, di modo che si possa attuare per il nuovo quadro finanziario pluriennale. Dagli anni '90 ad oggi, sono stati molti gli studi teorici condotti da distinte istituzioni europee, soprattutto da Parlamento e Commissione, però le uniche riforme si sono concretizzate in un cambiamento del peso degli elementi fondamentali esistenti dal 1988 e nel ritoccare il sistema di correzione per risolvere problemi specifici. Non eliminando la causa, ma correggendo solo i risultati, non si è giunti alla risoluzione dei principali problemi del sistema attuale, che sono:

- 1) una struttura sbilanciata dal lato delle risorse finanziarie (contributi nazionali);
- 2) una forte preoccupazione per il saldo nazionale di ogni Paese nei confronti del Bilancio UE;
- 3) meccanismi di correzioni del saldo complessi e opachi, così come la mancanza di connessione fra il Bilancio UE, i cittadini e le politiche. Con il passare degli anni i problemi sono aumentati e sono stati analizzati i "candidati" a divenire risorse proprie.

Ora la domanda è: perché non si è giunti ancora alla riforma del sistema delle risorse proprie? È possibile attuarla in breve tempo? Cosa è cambiato? Quale sarebbe lo scenario migliore per la nuova decisione circa le risorse proprie nel 2021-2027? Che soluzioni concrete proponiamo?

Il problema fondamentale per il quale si è procrastinata l'elaborazione della riforma consiste nella necessità di giungere all'unanimità per la sua approvazione, per cui l'eliminazione del sistema di correzione britannico era molto complesso, perché era necessario contare anche il voto del Regno Unito. Adesso esiste una differenza fondamentale che ci permette in questa occasione di essere ottimisti: è in corso un ampio consenso istituzionale (Parlamento, Commissione, Consiglio, HLGOR) sulla necessità di riformare il sistema. Il recesso del Regno Unito comporta la fine di quel meccanismo di correzione e dei relativi "sconti sullo sconto"; inoltre, c'è una nuova proposta del Consiglio relativa al sistema delle risorse proprie in discussione con una proposta per modernizzare il sistema attuale.

Le riforme si realizzano quando sono necessarie e in questo caso abbiamo dimostrato che lo sono. Tra i fattori a favore, si incontra anche il compromesso acquisito nell'ultimo quadro finanziario approvato (2014-2020), per affrontare la riforma del sistema di risorse proprie.

Esistono numerosi studi sui possibili candidati a divenire risorse proprie e la convinzione che la scelta dipenderà non solo dalla migliore attuazione dei criteri oggettivi esistenti, ma anche dalla sua adeguatezza alle politiche europee, in quanto valore aggiunto della riforma.

Sarà importante anche il contesto in cui si sviluppa la riforma. Nel caso attuale, la crisi economica e finanziaria esige una riduzione del peso della risorsa RNL, quindi gli Stati membri lo considerano vincolato ad un incremento della spesa nei bilanci nazionali e pertanto contrario allo sforzo di moderazione della spesa inerente alla crisi.

L'adozione di nuove risorse comporterà la riduzione del peso della risorsa RNL⁵⁰. Grazie all'introduzione di un paniere di risorse proprie e con nuove priorità di spesa, il Bilancio UE apporterà vantaggi a tutti gli Stati membri in modo equo, eliminando un sistema di correzioni obsoleto e complesso. Il Bilancio UE non deve considerarsi come un "gioco vincente", perché in generale neanche l'UE lo è. Fino ad ora i sistemi di correzione sono serviti per equilibrare il saldo netto tra l'Unione europea e alcuni Stati membri, ma a livello di contribuzione nazionale (RNL, risorsa IVA attuale e correzioni) ciò risulta essere regressivo, giacché i Paesi con minore RNL *pro capite* non contribuiscono in misura minore se le contribuzioni si esprimono in percentuale del loro RNL.

Il miglior funzionamento del mercato interno influenza positivamente la riforma, giacché è uno degli obiettivi, trattandosi della politica europea più visibile per i cittadini. Le ultime riforme nazionali dell'IVA rispondono in parte ad una nuova strategia protesa all'ottenimento di un'IVA più forte nel mercato interno.

Ci sono vari fattori che ostacolano la riforma, tra i quali incontriamo quelli di tipo legale e quelli di tipo procedimentale, in particolare, l'applicazione della regola dell'unanimità. Tuttavia, prima di ricorrere alla creazione di un nuovo quadro legislativo, si dovrebbe esaminare la possibilità di ricorrere ad altri mezzi, come la cooperazione rafforzata in caso di blocco di riforma a causa di qualche Stato, così come è accaduto con l'imposta sulle transazioni finanziarie

È arrivato il momento della riforma del sistema di risorse proprie: l'UE a 27; le nuove prospettive finanziarie in discussione, per affrontare le attuali sfide economiche e ambientali dell'UE; la presenza di numerosi studi, rapporti e dichiarazioni favorevoli a una riforma necessaria del sistema attuale.

13. Il disegno di un sistema fiscale ottimale è possibile solo in un quadro geopolitico e temporale più ampio. Correremo il rischio di progettare un sistema di risorse proprie migliore per il futuro al fine di avanzare verso un sistema di finanziamento rilevante tanto per il numero di risorse quanto per le sue componenti.

A questo proposito, dobbiamo seguire la teoria generale dell'imposizione. Da un punto vista tecnico, un sistema fiscale ottimale deve riunire una pluralità di imposte e questa varietà deve incorporare tanto imposte dirette come indirette, poiché soltanto in questo modo l'ordinamento giuridico comunitario diventerà più giusto ed efficace. Il reddito sarà tassato in due modalità come spesa, cosa che garantirà una raccolta delle entrate più adeguata dal punto di vista dell'equità fiscale; le imposte indirette compenseranno le eventuali evasioni fiscali dall'imposizione diretta.

Il sistema di risorse proprie, nella sua composizione attuale, riunisce già una pluralità di imposte; tuttavia la struttura può essere migliorata in funzione del numero di risorse e della loro tipologia; l'incorporazione congiunta dei molti candidati a risorse proprie servirebbe a migliorare il sistema attuale. Un sistema di finanziamento decentrato a livello sovranazionale dovrà essere costituito da una varietà di elementi, cui corrisponderà una tipologia variegata di imposte: risorse proprie, imposte cedute, entrate trasferimenti ed entrate compensative.

Nel caso del sistema di finanziamento dell'UE, la classificazione sarebbe:

⁵⁰ COM(2018)325 fin. e COM(2018)327 fin.

- a) risorse proprie: questa categoria comprende attualmente le RPT, ma nel futuro potrebbe essere allargata con nuove imposte europee come quella sul cambiamento climatico, se regolamentazione, gestione e recupero di tale imposta sono comunitari;
- b) imposte cedute (delle quali c'è stata una cessione parziale di competenze all'UE: recupero, gestione o capacità normativa): in questa categoria si possono includere alcune delle possibili formule analizzate, come "l'IVA modulata", l'imposta sull'energia, le accise o l'imposta di società;
- c) entrate che fanno parte di quelle degli Stati membri e che sono state successivamente trasferite all'UE: attualmente si può includere in questa tipologia la risorsa RNL come partecipazione di una quantità delle entrate totali degli Stati membri che provengono dai loro redditi;
- d) entrate compensative degli squilibri di bilancio, come meccanismo di correzione generalizzata: proposte di riduzioni forfettarie o trasferimenti forfettari verso gli Stati beneficiati.

Rispettando questo schema e questa tipologia, ed accettando che i limiti all'autonomia finanziaria dell'UE saranno segnati dalle priorità politiche del processo d'integrazione europea e dalla cessione di competenze all'UE, il futuro sistema di finanziamento europeo dovrà riunire una varietà più ampia di risorse proprie, che sarà il risultato di una combinazione di diverse imposte: indirette e dirette⁵¹.

Possiamo concludere dicendo che i limiti al miglioramento del sistema sono di diversa natura: politica, economica ed operativa. Tenteremo di analizzare la proposta attuale come una proposta razionale e che riprende la nostra analisi teorica. Si tratta di una proposta che potrà entrare in vigore a decorrere dal 1 gennaio 2021.

14. La proposta di riforma del sistema di finanziamento del 2018⁵² tenta di trovare delle soluzioni per le sfide economiche e ambientali dell'UE, attraverso un paniere di nuove risorse proprie. Per il tramite del requisito di base, che consiste nel garantire entrate sufficienti per coprire le spese, il sistema delle risorse proprie dovrebbe essere riformato per contribuire ad affrontare i problemi studiati, progettandolo in modo che possa garantire benefici maggiori di quelli di un flusso regolare di entrate fiscali.

La proposta del 2018 mantiene una rigorosa disciplina di bilancio grazie al principio del pareggio del bilancio. Tuttavia, l'interazione tra i diversi tipi di risorse proprie è una fonte potenziale di sinergie non valorizzata fino a oggi. La proposta permetterà di utilizzare in modo più efficace le possibilità offerte dal Trattato, nella misura in cui i diversi tipi di risorse permetterà di aumentare la resilienza e l'adattabilità del bilancio dell'UE arrecando, in definitiva, benefici per tutti gli Stati membri.

I principali elementi della proposta sono:

⁵¹ Il processo d'armonizzazione fiscale nelle sue origini mirava a risolvere i problemi fiscali relativi alla libera circolazione di merci (cioè l'imposizione indiretta) ed è soltanto a partire dal 1988 che si è iniziato a lavorare sulla libera circolazione di fattori sulle imposte che lo influenzavano. In materia di fiscalità diretta gli anticipi nel coordinamento fiscale sono ulteriori a quelli delle imposizioni indirette; la non-esistenza d'armonizzazione nelle basi delle imposte dirette è una delle cause con le quali queste imposte non fanno ancora parte del sistema delle risorse proprie.

⁵² COM(2018)325 def.

1. Aumentare il massimale per gli stanziamenti annuali di pagamento delle risorse proprie, senza superare 1,29% della somma del reddito nazionale lordo di tutti gli Stati membri dell'UE-27. Con la Brexit e l'integrazione nel bilancio dell'UE del Fondo europeo di sviluppo occorrerà un aumento dei massimali stabiliti nella decisione sulle risorse proprie del 2014.
2. Eliminare progressivamente le correzioni. Per evitare un aumento significativo e repentino dei contributi degli Stati membri che hanno beneficiato di correzioni fino adesso e dopo la Brexit delle riduzioni forfetarie dei loro contributi basati sul reddito nazionale lordo verranno gradualmente eliminate entro il 2025.
3. Modernizzare le attuali risorse proprie:
 - mantenendo inalterati i dazi doganali come risorse proprie tradizionali per l'UE, ma riducendo del 10% la percentuale che gli Stati membri trattengono come “spese di riscossione”;
 - mantenendo la risorsa propria basata sul reddito nazionale lordo con la funzione di risorsa riequilibrante. Si applicherà un'aliquota uniforme di prelievo, da determinare nel quadro della procedura di bilancio, tenuto conto di tutte le altre entrate, alla somma del reddito nazionale lordo di tutti gli Stati membri, semplificando la risorsa propria basata sull'imposta sul valore aggiunto. Si applicherà un'aliquota uniforme di prelievo a una quota delle entrate provenienti dall'imposta sul valore aggiunto prelevata sulle forniture imponibili cui si applica l'aliquota normale divisa per l'aliquota IVA nazionale normale; l'aliquota effettiva di prelievo non supera il 2%, da applicare una volta abrogate le proposte IVA.
4. Introdurre una serie di nuove risorse proprie così articolate:
 - una quota dell'aliquota effettiva di prelievo non superiore del 6%; proveniente dal rilancio della base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, da introdurre una volta adottata la necessaria legislazione;
 - una quota dei proventi delle aste del “sistema europeo di scambio delle quote di emissioni”; il sistema europeo di scambio delle quote di emissioni è uno strumento fondamentale dell'azione dell'UE per ridurre le emissioni di gas serra in modo economicamente efficace ed è direttamente collegato al funzionamento del mercato unico;
 - un contributo nazionale calcolato sulla quantità dei rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati. In questo modo gli Stati membri saranno incentivati a ridurre i rifiuti di imballaggio e, grazie all'attuazione della strategia europea sulla plastica, verrà stimolata la transizione dell'Europa verso un'economia circolare. Parliamo di un'aliquota uniforme di prelievo sul peso dei rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati; l'aliquota effettiva di prelievo non supera 1,00 EUR per chilogrammo;
 - ci sarà una nova risorsa propria dall'applicazione di un'aliquota uniforme di prelievo sul reddito generato dalle quote da mettere all'asta e al valore di mercato delle quote a titolo gratuito per un periodo transitorio ai fini della modernizzazione del settore energetico, l'aliquota effettiva di prelievo non supera il 30%. Si tratta di una nuova risorsa per contrastare i cambiamenti climatici.
5. Stabilire il principio che i proventi futuri derivanti direttamente dalle politiche UE debbano confluire nel bilancio dell'UE e lasciare aperta una porta nel futuro per entrare nella eurozona.

15. L'autonomia finanziaria dell'Unione europea è una realtà che si è evoluta parallelamente al consolidamento del processo di costruzione europea. L'instaurazione nel 1970 di un sistema di finanziamento basato su un sistema di risorse proprie è stata la pietra angolare dell'autonomia finanziaria europea. L'esame del sistema di risorse proprie e delle sue componenti ci ha permesso di constatare l'evoluzione in materia d'autonomia finanziaria comunitaria, i suoi problemi ed il suo futuro. Lo studio delle debolezze del sistema attuale ci ha indotti a prospettare una gamma di soluzioni possibili alla diminuzione dell'autonomia finanziaria.

Possiamo concludere che i progressi nell'autonomia finanziaria dell'UE dipenderanno dai progressi delle nuove proposte per l'attuale sistema di risorse proprie. I limiti all'autonomia finanziaria riposano negli articoli 310 e 311 TFUE, che inserisce un nuovo capitolo intitolato "le risorse proprie dell'UE", un sistema basato su risorse proprie con varie componenti. Secondo la natura ed il peso degli elementi del sistema, l'autonomia finanziaria dell'UE sarà più ampia o più ristretta rispetto a quella degli Stati membri. Data la riduzione d'autonomia finanziaria degli ultimi anni, nel medio periodo si prevede l'adozione di misure che incidano sulla causa dei problemi analizzati e la ricerca di una soluzione attraverso un cambiamento nella struttura del sistema attuale. Si tratta di introdurre parecchie nuove risorse proprie che sostituiranno l'attuale risorsa IVA. I candidati migliori sono "l'IVA modulata", l'imposta sul cambiamento climatico, l'imposta sull'energia e l'imposta europea sulle società. Le proposte saranno in relazione con le priorità politiche dell'integrazione europea e lo sviluppo del federalismo fiscale nell'UE.

L'aumento del livello d'autonomia finanziaria dell'UE deve ottenersi attraverso una maggiore cessione di competenze all'UE, e quindi, un aumento dei livelli d'autonomia finanziaria, segnalati dal rapporto Mac Dougall negli anni '70 e attraverso sistemi con maggiori elementi e categorie così come abbiamo proposto. Tuttavia, in tempi di crisi come l'attuale, gli Stati membri percepiscono solo l'impatto dei bilanci nazionali e i suoi effetti sulla ripresa economica. Ciò ostacola il raggiungimento di un livello di attuazione e cessione di risorse all'amministrazione soprannazionale come deriva dalla nostra proposta a medio termine. La riforma deve essere attuata in un contesto economico e politico più ampio, per avvalorare non solo la sua efficacia in funzione dei risultati apportati, ma anche la sua necessità economica e opportunità politica.

Concludiamo questo studio convinti che questi fattori siano comuni sia alla nostra riforma che a quella avanzata dal Consiglio per l'orizzonte 2021-27.

Abstract

The EU's Own Resources System after Brexit: A Chance for Reform

This study deals with the review of the current system of the EU's own resources as a system of financing the budgetary instruments that appears necessary to address the principal criticism made presently on the lack of transparency and simplicity of the system. Its financial autonomy is limited vis-a-vis the national Treasuries and there is a need to reform the current budgetary imbalance correction mechanism which leads to tensions among Member States due to a narrow accounting approach. The progress in the financial autonomy of the EU will depend on the new proposals to improve the current system of the EU's own resources. In this article we try to bring about solutions to the crises of the system of the EU's own resources. In the medium term, we propose to introduce new own resources in

the system, which have an impact on the cause of the analysed problems offering a solution through a change in the structure of the current system in order to restore the principle of the EU financial autonomy. Thus, in accordance with the taxation principles adapted to the EU framework, we have carried out numeric evaluations of the potential formulas, so as to point out the more solid candidates to introduce in the new system. We have already analysed the Proposal for a Council Decision on the system of Own Resources of the European Union to be approved for the period 2021-2027 and how it will keep path with our study.

Bibliografia

- AA. VV. (1986), *Les ressources financières de la Communauté Européenne*, Paris.
- AA. VV. (2003), *Teoría básica de los impuestos: un enfoque económico*, Madrid.
- AA. VV. (2007), *El mercado de Derechos a contaminar*, Valladolid.
- E. ALBI, R. PAREDES, E. CORONA (1997), *Corporate Tax as Possible Fifth Own Community resource: How Much Harmonization Is Necessary?*, Study XIX/B1/9602 prepared for the Commission of the EC. DG XIX, giugno.
- A. ANTÓN ANTÓN *et al.* (2008), *La coordinación del régimen de comercio de Derechos de emisión y los impuestos autonómicos sobre emisiones atmosféricas: ¿ un supuesto de ayuda de estado ilegal no compatible*, Instituto de Estudios Fiscales, doc n. 16/2008.
- R. BARBERAN (1994), *La Hacienda Pública lde la Unión Europea*, in *Economía de la Unión Europea*, Madrid, pp. 77-124.
- I. BEGG *et al.* (1997), *The Own Resources of the European Union: Analysis and Possible Developments*, Report prepared for the Directorate-General for Research of the European Union.
- D. BIEHL (1985), *A Federalist Budgetary Policy Strategy for the EU*, in *Policy Studies. The Journal of the Policy Institute*.
- D. BIEHL (1990), *Financing the ECC Budget*, in R. PRUD'HOMMEE (ed.), *Public Finance with Several Levels of Government*. Foundation Journal Public Finance, The Hague.
- P. CATTOIR (2004) *Tax-based EU Own Resources: An Assessment*, Taxation papers. Working paper n. 1, aprile.
- G. COGET (1994), *Les ressources propres communautaires*, in *Revue française de Finances Publiques*, pp. 51-96.
- A. DE LECEA, C. REIGNER-HELDMAIER, A. JOURET, L. NÚÑEZ, D. DISCORS, X. YATANAGAS (1999), *Les Finances de L'Union Européenne. Commentaires Megret*, Bruxelles.
- E. FLORES (1990), *1,2% de PNB pour le Budget de la Communauté: un pancher ou un plafond?*, Quaderns de Trebal de l'Institut Universitari d'estudis Europeus, n. 4.
- L. EINAUDI (1958), *Principios de Hacienda Pública*. Ed. Aguilar, Madrid.
- F. FONSECA MORILLO (1985), *El presupuesto de las Comunidades Europeas: análisis Jurídico*, Madrid.
- W. GERLOFF (1926), *Handbuch der Finanzwissenschaft*, 1, Tübingen.
- T. HEMMELGARN, G. NICODEME (2010), *The 2008 Financial Crisis and Taxation Policy*, Taxation papers. Working paper n. 20.
- M. KEEN (1995), *Objectives and Criteria of the Community's Fifth Own Resource*, Study prepared for the Comisión of the EC DG XIX final Report, dicembre

- D. MACDOUGALL *et al.* (1977), *Report of the study group of the role of Public Finance in European Integration*.
- R. MATHEWS (1977), *Mechanisms for fiscal equalization in an integrating European Community*, in *Report of the study group on the role of Public Finance in European Integration*, 2, p. 401-432.
- J.E. MEADE (1978), *The structure and reform of direct taxation*. G. Allen and Unwin. Londres.
- J. MOLINIER (1986), *Les ressources propres dans les documents budgétaires et comptes nationaux en Les ressources financières de la CE*, Paris.
- R.A. MUSGRAVE (1968), *Teoría de la Hacienda Pública*, Madrid.
- F. NEUMARK (1974), *Principios de la Imposición*, Madrid.
- W.E. OATES (1977), *An Economic Perspective on Fiscal Federalism*, in W.E. OATES (ed.), *The Political Economy of Fiscal Federalism*, Lexington.
- L. REBOUD (1986), *Le bilan du système des ressources propres dans les ressources financières de la CE*, Paris.
- A. SANDMO (1976), *Optimal Taxation. An introductory to the Literature*, in *Journal of Public Economics*, vol. 6.
- E.R.A. SELIGMAN (1926), *Teoría social de la Ciencia de la Hacienda*, in *Revue de science et législation financières*, nov-dic.
- J. STAMP (1923), *The Fundamental Principles of Taxation in the Light of Modern Developments* (The Newmarch Lectures for 1919), London.
- D. STRASSER (1993), *La Hacienda de Europa: El Derecho presupuestario y financiero de las Comunidades Europeas*, Madrid.
- I. VEGA MOCOROA (1997), *La armonización del IVA y el logro del mercado interior*, Valladolid.
- I. VEGA MOCOROA (1997), *La financiación de la UE: Análisis de resultados y principales retos*, in I. VEGA MOCOROA (coord.), *Financiación y Política presupuestaria de la UE*, Madrid.
- I. VEGA MOCOROA (1998), *La financiación de las Comunidades Europeas y su Futuro*, in I. VEGA MOCOROA (coord.), *La Integración Económica Europea: curso Básico*, II ed., Madrid.
- I. VEGA MOCOROA (2000), *Il sistema delle risorse proprie dell'Unione Europea nello scenario finanziario dell'Agenda 2000*, in *Diritto e pratica tributaria*, pp. 225-233.
- I. VEGA MOCOROA (2005), *Autonomía financiera en la UE: propuestas para el sistema de recursos propios*, in I. VEGA MOCOROA (coord.), *Logros, iniciativas y retos institucionales y económicos: la UE del siglo XXI*, Madrid.
- I. VEGA MOCOROA (2009), *Limites pour améliorer l'autonomie financière de l'UE; l'avenir du système des ressources propres*, in *Les annales de l'Université Valahia de Targoviste*, pp. 181-197.
- I. VEGA MOCOROA (2011), *Verso la riforma del sistema di risorse proprie nella UE*, in G. CHIARELLI, A.F. URICCHIO (a cura di), *Elementi di Finanza Pubblica Comunitaria*, Roma.
- I. VEGA MOCOROA (2015), *Il futuro del sistema delle risorse proprie dell'UE una riforma necessaria*, in *Studi sull'integrazione europea*, pp. 433-458.

Stefano Giubboni*

L'Unione europea e le relazioni sindacali: un bilancio critico**

SOMMARIO: 1. Costituzione formale e dinamiche materiali. – 2. Il dialogo sociale europeo: il quadro istituzionale. – 3. L'esperienza degli accordi autonomi. – 4. La debolezza congenita del dialogo sociale autonomo e il declino inarrestabile di quello istituzionale. – 5. Nuova *governance* economico-finanziaria e comuni "traiettorie neoliberaliste".

1. Chi si accostasse superficialmente alle fonti di quello che a buon titolo potremmo chiamare il diritto sindacale dell'Unione europea¹, difficilmente sfuggirebbe all'impressione di trovarsi di fronte ad un quadro istituzionale caratterizzato da una forte vocazione promozionale. In effetti, almeno a prima vista, il diritto primario dell'Unione esibisce una densità di ancoraggi istituzionali – e, per l'appunto, propriamente promozionali – del ruolo delle parti sociali, e in particolare della contrattazione collettiva di livello europeo, che ha pochi eguali sul piano comparato, anche volendo limitare il confronto agli ordinamenti costituzionali degli Stati membri che la letteratura sulla varietà dei modelli di capitalismo è solita ricondurre alle "coordinated market economies"². Commentando il quadro normativo euro-unitario consolidato dal Trattato di Lisbona, Bruno Veneziani non ha esitato a parlare di un "institutional ideal type of auxiliary legislation"³, leggendo nell'insieme delle previsioni dedicate al ruolo delle parti sociali nella dinamica istituzionale dell'Unione il riconoscimento, quantomeno *in nuce*, di un vero e proprio modello di democrazia

* Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli studi di Perugia.

** Il presente scritto sarà pubblicato anche negli *Studi in onore di Roberto Pessi*.

¹ "Diritto sindacale unitario" è la locuzione suggerita da M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Torino, 2017, p. XIX.

² Che hanno come noto nella Germania e nei Paesi scandinavi il prototipo di riferimento: cfr. classicamente P.A. HALL, D. SOSKICE, *An Introduction to Varieties of Capitalism*, in P.A. HALL, D. SOSKICE (eds.), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, 2001, p. 1 ss., spec. p. 21 ss., e più di recente K. THELEN, *Varieties of Liberalization and the New Politics of Social Solidarity*, Cambridge, 2014, p. 5 ss. Riprenderemo nel corso della trattazione, e in particolare nelle conclusioni, le questioni sollevate oggi, in tema di relazioni sindacali europee, dall'approccio della *comparative political economy* alla luce dell'importante contributo critico di L. BACCARO, C. HOWELL, *Trajectories of Neoliberal Transformation. European Industrial Relations Since the 1970s*, Cambridge, 2017.

³ B. VENEZIANI, *Austerity Measures, Democracy and Social Policy in the EU*, in N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN (eds.), *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Oxford, 2014, p. 109 ss., spec. p. 135.

pluralistica e partecipativa, basato sulla garanzia costituzionale dell'autonomia collettiva⁴.

In virtù della innovativa previsione del Trattato di Lisbona, il quadro delle fonti di rango primario di tale modello promozionale poggia oggi anzitutto sulla disposizione di cui all'art. 152 TFUE, che obbliga l'Unione, e non più solo la Commissione, a facilitare il dialogo tra le parti sociali, anche di livello europeo, “nel rispetto della loro autonomia”⁵. La previsione – che ha un sicuro collegamento con l'art. 11 TUE, ispirato al principio della democrazia partecipativa – è rafforzata, sul piano soggettivo, dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali, essa stessa come noto norma oramai di rango primario in virtù del Trattato di Lisbona, la quale riconosce ai lavoratori e ai datori di lavoro, o alle rispettive organizzazioni, “conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero”.

Il quadro normativo che disciplina in particolare la contrattazione collettiva di livello europeo è ancora più denso, articolandosi in una molteplicità di fonti di diversa natura e portata precettiva: dalle evocate disposizioni di rango costituzionale del TFUE e della Carta dei diritti fondamentali, alle comunicazioni interpretative della Commissione sino all'accordo inter-istituzionale “Legiferare meglio” del 2003⁶.

Gli architravi di tale impianto promozionale, sin dall'Accordo sulla politica sociale allegato al Trattato di Maastricht, vanno senz'altro individuati nelle disposizioni dettate dagli attuali articoli 154 e 155 TFUE. L'art. 154, che obbliga la Commissione a prendere “ogni misura utile” per facilitare il dialogo tra le parti sociali provvedendo ad un sostegno equilibrato delle stesse, giunge a prevedere la sospensione del procedimento legislativo ordinario nel caso in cui le parti sociali intendano avviare un processo negoziale sui contenuti della proposta presentata dalla medesima Commissione in sede di consultazione obbligatoria “nel settore della politica sociale”. L'art. 155 ribadisce che “[i]l dialogo fra le parti sociali a livello dell'Unione può condurre, se queste lo desiderano, a relazioni contrattuali, ivi compresi accordi”, per delineare i due percorsi alternativi con cui tali accordi – sin dalle intese di Maastricht – trovano la loro attuazione⁷: “secondo le procedure e

⁴ *Ivi*, p. 123 ss.

⁵ Come ha ancora osservato B. VENEZIANI, *L'art. 152 del Trattato di Lisbona: quale futuro per i social partners?*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2011, I, p. 256 ss., “la mancata definizione delle aree in cui l'Unione svolgerà la sua funzione di sostegno alle parti sociali lascia intendere che essa non è circoscritta alla sfera della politica sociale della parte II del Titolo X o a quella indicata nell'art. 153 TFUE”.

⁶ Sul cui rilievo si sofferma M. PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, Bologna, 2011, p. 177 ss.

⁷ La contrattazione collettiva europea, a seconda del percorso di implementazione, è alternativamente qualificata “istituzionale”, “forte” o “rinforzata”, se incanalata nella via legislativa; “autonoma”, “debole” o “libera”, se attuata attraverso la *voluntary route*; cfr. più di recente M. MAGNANI, *op. cit.*, p. 13 ss.; B. CARUSO, A. ALAIMO, *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea*, WP CSDLE Massimo D'Antona, INT.87/2011, reperibile *online*; M. PERUZZI, *op. cit.*, p. 205 ss. In precedenza, v. almeno F. GUARRIELLO, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva. Il dialogo sociale*, Milano, 1992; T. TREU, *European Collective Bargaining Levels and the Competences of the Social Partners*, in P. DAVIES *et al.* (eds.), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amico-*

le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri” (c.d. *voluntary route*), da un lato; “in base ad una decisione del Consiglio su proposta della Commissione”, nell’ambito dei settori contemplati dall’art. 153 e a richiesta congiunta delle parti firmatarie (c.d. *legislative route*), dall’altro. In entrambi i casi, alla stregua della modifica introdotta dal Trattato di Lisbona al fine di codificare una prassi già seguita in via istituzionale, “[i]l Parlamento europeo è informato”; in una prospettiva che conferma come le parti sociali si vedano assegnato un ruolo “of functional substitute for the traditional institutions and bodies involved in European governance in social policy”⁸.

Se si pone poi mente al fatto che tali previsioni, esplicitamente promozionali del dialogo sociale e della contrattazione collettiva europea, si collocano in un contesto di valori e obiettivi altrettanto ambiziosamente improntato alla apparente rivisitazione di taluni classici postulati normativi del costituzionalismo sociale novecentesco⁹, non si fatica a trovare conferma di quella prima impressione di lettura dell’insieme del quadro istituzionale euro-unitario come di una “institutional architecture in which democracy and pluralism compose the inner essence of a democratic state”¹⁰.

Ma non appena lo sguardo del nostro ipotetico osservatore si discosta da questo nucleo di previsioni della costituzione formale dell’Unione per posarsi sulle effettive dinamiche delle relazioni sindacali europee, e in particolare del dialogo sociale e della contrattazione collettiva settoriale, quella prima impressione cede subito il passo ad una visione più complessa e senz’altro più problematica di quella che potremmo chiamare la costituzione materiale del diritto sindacale euro-unitario. Quello sguardo non potrebbe anzitutto non rivelare le contraddizioni interne allo stesso quadro istituzionale formale, che continua a escludere espressamente dalla competenza legislativa dell’Unione in materia di politica sociale le retribuzioni, il diritto di associazione, il diritto di sciopero e la serrata (art. 153, par. 5, TFUE), vale a dire il nucleo duro di qualunque sistema gius-sindacale¹¹. D’altra parte, a dispetto della previsione dell’art. 28 della Carta di Nizza, “un ostacolo istituzionale all’affermarsi della contrattazione comunitaria è rappresentato dalla incertezza dello statuto giuridico europeo dello sciopero”¹².

rum Lord Wedderburn of Charlton, Oxford, 1996, p. 169 ss.; S. SCIARRA, *Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources*, *ivi*, p. 189 ss.; A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, 1999; R. NUNIN, *Il dialogo sociale europeo*, Milano, 2001.

⁸ B. VENEZIANI, *Austerity Measures*, *cit.*, p. 124.

⁹ Dai valori comuni agli Stati membri “in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra uomini e donne” (art. 2 TUE), sino alla consacrazione dell’obiettivo di “un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale” (art. 3, par. 3, TUE).

¹⁰ Così ancora B. VENEZIANI, *Austerity Measures*, *cit.*, p. 135.

¹¹ Su tale contraddizione v. solo LORD WEDDERBURN, *Labour Law and Freedom. Further Essays in Labour Law*, London, 1995, p. 350 ss.

¹² T. TREU, *La contrattazione collettiva in Europa*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, p. 371 ss., spec. p. 397. Sul punto v. principalmente G. ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2006, p. 947 ss., e più recentemente F. DORSSEMONT, *Collective Action Against Austerity Measures*, in N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN (eds.), *op. cit.*, p. 153 ss.

È dunque al claudicante intreccio tra costituzione formale e materiale del diritto sindacale “unitario”¹³, o “unionale”, che dedicheremo questo contributo, mettendo in evidenza le ambiguità, se non le vere e proprie contraddizioni, che hanno segnato il ruolo istituzionale dell’Unione nel fragile sistema di relazioni sindacali europee che è venuto faticosamente emergendo sulla scia di quel nucleo di previsioni costituzionali formali. Sosterremo che ad una iniziale fase di sostegno della contrattazione c.d. “istituzionale” e, in certa misura, dello stesso dialogo sociale settoriale, si è venuta progressivamente sovrapponendo, e di fatto sostituendo, in reazione alla crisi economico-finanziaria deflagrata a partire dal 2008¹⁴, una inversione del ruolo promozionale delle istituzioni sovranazionali¹⁵, che ha oggettivamente favorito, in un contesto di strisciante ri-nazionalizzazione, quella traiettoria di razionalizzazione neoliberista dei sistemi nazionali di relazioni industriali analizzata da Lucio Baccaro e Chris Howell nella loro potente sintesi storico-comparata¹⁶.

2. Le tipologie di accordi che le parti sociali possono sottoscrivere a livello europeo vengono usualmente distinte a seconda che la fase negoziale sia stata o meno indotta da una precedente iniziativa di consultazione e quindi da una proposta della Commissione, ovvero a seconda della strada scelta dalle parti sociali per dare attuazione all’accordo¹⁷. L’evoluzione del dialogo sociale rivela come l’“induzione” istituzionale costituisca un passaggio pressoché obbligato nei processi negoziali di livello europeo, anche nella fase di sviluppo successiva al Vertice di Laeken del 2001¹⁸, caratterizzata dal diradarsi dell’“ombra della legge”¹⁹ a favore di interventi istituzionali *via soft law* e dalla conseguente preferenza delle parti sociali, seppure per ragioni diverse, per la contrattazione autonoma²⁰. Gli unici accordi sottoscritti senza una previa proposta della Commissione si rilevano, non a caso, nella sola dimensione settoriale, dove l’“ombra” istituzionale è comunque assicurata dalla sede stessa della negoziazione (lo specifico Comitato di dialogo settoriale, costituito ai sensi della decisione 98/500/CE), e l’intervento della Commissione spesso fornisce la chiave per superare situazioni di stallo decisionale tra le parti sociali.

¹³ *Supra*, nota 1.

¹⁴ Tra le prime analisi critiche v. C. BARNARD, *The Financial Crisis and the Euro Plus Pact: A Labour Lawyer’s Perspective*, in *Industrial Law Journal*, 2012, p. 98 ss. Nello stesso senso, più di recente, L. BORDOGNA, R. PEDERSINI, *What Kind of Europeanization? How EMU Is Changing National Industrial Relations in Europe*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2015, p. 183 ss.

¹⁵ Cfr. R. HYMAN, *Trade Unions, Lisbon and Europe 2020: From Dream to Nightmare*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2012, p. 5 ss.

¹⁶ *Supra*, nota 2.

¹⁷ Cfr. S. SMISMANS, *The European Social Dialogue in the Shadow of Hierarchy*, in *Journal of Public Policy*, 2008, p. 161 ss.

¹⁸ Sul rilievo del Vertice di Laeken nella promozione di un dialogo sociale più autonomo, a superamento della fase di sostegno della macro-contrattazione in funzione para-legislativa degli anni Novanta, v. diffusamente M. PERUZZI, *op. cit.*, p. 33 ss., nonché R. DUKES, C. CANNON, *The Role of Social Partners*, in A. BOGG, C. COSTELLO, A.C.L. DAVIES (eds.), *Research Handbook on EU Labour Law*, Cheltenham, 2016, p. 89 ss., spec. p. 94.

¹⁹ La nota espressione è stata coniata da B. BERCUSSON, *The Dynamic of European Labour Law after Maastricht*, in *Industrial Law Journal*, 1994, p. 1 ss.

²⁰ A. DUFRESNE, P. POCHE, *Introduction*, in A. DUFRESNE *et al.* (eds.), *The European Sectoral Social Dialogue*, Brussels, 2006, p. 49 ss.

La rilevanza e l'impatto dell'induzione istituzionale non si evidenziano peraltro nella sola fase propulsiva. Se, infatti, il processo negoziale s'instaura dopo una fase di consultazione, ciò determina la sospensione della proposta legislativa ai sensi dell'art. 154 TFUE e, come spiega la Commissione in una comunicazione del 2004, proprio la presenza di tale *self-restraint* istituzionale giustifica il duplice intervento di controllo operato dalla stessa su tutti gli accordi "indotti", siano pur essi anche autonomi²¹. La Commissione si auto-attribuisce il potere di valutarli *ex ante* "come fa per gli accordi (...) attuati con decisione del Consiglio", quindi verificando – in base a quanto previsto dalla comunicazione del 1993²² e dalla sentenza *UEAPME* pronunciata dal Tribunale di primo grado nel 1998²³ –, da un lato, lo *status* rappresentativo delle parti firmatarie, il loro mandato a negoziare, la rappresentanza funzionale degli interessi delle piccole e medie imprese, nonché la validità del contenuto dell'accordo stesso; dall'altro, la rappresentatività cumulativa sufficiente delle parti firmatarie "alla luce dell'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'accordo quadro"²⁴.

L'estensione di un siffatto controllo di rappresentatività agli accordi autonomi, qualora "indotti", interroga quantomeno sulla possibilità di considerare anche tali fonti alla stregua degli accordi "istituzionali"²⁵. Nella citata sentenza *UEAPME* la verifica *ex ante* dell'accordo si giustifica in quanto strumento alternativo a garanzia del "rispetto del principio di democrazia sul quale l'Unione è fondata", necessario nel momento in cui si conferisce "un fondamento comunitario di natura legislativa ad un accordo concluso tra parti sociali, senza ricorrere ai procedimenti classici d'elaborazione di un testo legislativo previsti dal Trattato, che implicano la partecipazione del Parlamento europeo"²⁶.

Se il medesimo strumento a garanzia del principio di democrazia è applicato agli accordi autonomi, diventa ragionevole chiedersi se anch'essi detengano il crisma di fonte dell'ordinamento dell'Unione europea, pur di natura non direttamente vincolante, bensì quale fonte di *soft law* di "produzione spontanea"²⁷. Ciò che rinvia, peraltro, al problematico coordinamento con il sistema dei metodi di regolazione delineato dall'accordo inter-istituzionale "Legiferare meglio" del 2003, segnatamente con le nozioni di "autoregolamentazione" e "co-regolamentazione" ivi adottate²⁸. La qualificazione del dialogo sociale autonomo quale espressione del

²¹ Comunicazione della Commissione del 12 agosto 2004, Partenariato per il cambiamento in un'Europa allargata - Rafforzare il contributo del dialogo sociale europeo, COM(2004)557 def.

²² Comunicazione della Commissione del 14 dicembre 1993, riguardante l'attuazione del protocollo sulla politica sociale presentata dalla Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, COM(93)600 def.

²³ Sentenza del Tribunale di primo grado del 17 giugno 1998, causa T-135/96, *Union Européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME) c. Consiglio dell'Unione europea*.

²⁴ *Ivi*, punto 91.

²⁵ Per la Commissione, "lo sviluppo del dialogo sociale europeo apre la questione dell'esistenza di convenzioni collettive europee come fonti di diritto", COM(2002)341 def., del 26 giugno 2002, par. 2.4.2.

²⁶ Punto 89 della sentenza.

²⁷ G. DE MINICO, *La soft law: nostalgie e anticipazioni*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008, p. 327 ss.

²⁸ Cfr. B. VENEZIANI, *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2006, I, p. 471 ss.

principio di democrazia sul quale l'Unione si fonda – e in particolare quale declinazione del principio di democrazia partecipativa – trova conferma, d'altra parte, nell'art. 152 TFUE, letto in combinato disposto con l'art. 11, paragrafi 2 e 3, TUE²⁹.

Il controllo istituzionale sugli accordi “indotti” non è esercitato, peraltro, nella sola fase della loro stipulazione, bensì anche durante il periodo di attuazione, se la Commissione “è persuasa che le parti sociali o una di esse ritardino il perseguimento di obiettivi comunitari”, nonché *ex post*. La Commissione valuta, in particolare, la misura in cui l'accordo abbia “contribuito al raggiungimento degli obiettivi comunitari”, potendo considerare, in caso di valutazione negativa, “la possibilità eventuale di introdurre una proposta di atto legislativo” ovvero, durante il periodo di attuazione, la possibilità di esercitare “il suo diritto d'iniziativa”. La stessa scelta delle parti sociali di optare per l'implementazione dell'accordo *via voluntary route* non è affatto indipendente dall'ingerenza istituzionale. La Commissione ritiene infatti “preferibile che l'attuazione avvenga mediante decisione del Consiglio” sia “laddove siano in gioco diritti fondamentali o importanti opzioni politiche, o delle regole vadano applicate in modo uniforme ed esaustivo in tutti gli Stati membri”, sia in ipotesi di “revisione di direttive in vigore, già approvate dal Consiglio e dal Parlamento europeo con la normale procedura legislativa”³⁰.

Non s'intende entrare nel merito dell'ampio potere discrezionale auto-attribuitosi dalla Commissione nel vincolare la propria decisione a condizioni di legittimità vaghe se non di arbitraria definizione. Interessa qui rilevare come tali criteri indirizzino più facilmente a sbocchi di tipo istituzionale quella contrattazione, di livello sia intercategoriale sia settoriale, che più si presta ad assolvere funzioni in qualche modo accessorie o complementari a quelle proprie della legislazione euro-unitaria.

Per quanto attiene alla dimensione intercategoriale, è la necessità di rivedere direttive in vigore a richiedere l'attuazione *via legislative route* ad esempio dell'accordo quadro riveduto sui congedi parentali (direttiva 2010/18/UE). Con riferimento alla contrattazione settoriale, l'importanza dell'opzione politica – si pensi al confronto con la giurisprudenza *Viking* – e la necessità di un'applicazione uniforme della normativa spiegano la scelta dell'implementazione istituzionale per gli accordi nel settore marittimo (2009) e della pesca (2012), volti a dare attuazione rispettivamente alla Convenzione OIL sul lavoro marittimo del 2006, n. 196, e a quella del 2007, n. 188. La stessa necessità spiega l'implementazione tramite decisione (*alias* direttiva) del Consiglio di taluni accordi implicanti deroghe alla applicazione della direttiva 93/104/CEE sull'orario di lavoro in alcuni settori particolari ai sensi dell'art. 14 della stessa: è il caso, ad esempio, dell'accordo del 15 febbraio 2012 nel settore delle navigazioni interne, così come, già prima, degli accordi nel settore del trasporto transfrontaliero su rotaia, aviazione civile e gente di mare³¹.

Come si è già detto, la Commissione condiziona l'autonomia delle parti sociali nella scelta della via di implementazione non solo a monte, laddove ritiene in alcune ipotesi “preferibile” (ma nell'accordo inter-istituzionale si stabilisce al riguardo un vero e proprio obbligo) l'opzione istituzionale; ma altresì a valle, qualora la verifica

²⁹ Cfr. U. VILLANI, *La politica sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2012, I, p. 25 ss.

³⁰ Le citazioni sono tutte tratte dalla comunicazione citata sopra.

³¹ Direttive 2005/47/CE, 2000/79/CE e 1999/63/CE.

dell'attuazione dell'accordo autonomo abbia dato esito negativo e la Commissione, ritenendo non adeguatamente raggiunti gli obiettivi comunitari, decida di presentare una proposta di atto legislativo. Il controllo *ex post* della Commissione si confronta, d'altra parte, con due ordini di questioni: da un lato, quali siano i meccanismi regolativi che meglio garantiscano l'attuazione degli accordi autonomi; dall'altro, quali siano i parametri che consentano di valutare i risultati e le potenzialità del dialogo sociale autonomo.

3. È ancora la Commissione, nella menzionata comunicazione del 2004³², a riferirsi per la prima volta agli accordi implementati attraverso la *voluntary route* come ad “accordi autonomi”³³. Tale qualificazione è stata successivamente fatta propria dalle stesse parti sociali già con l'accordo quadro sulla violenza nei luoghi di lavoro del 2007, che l'hanno così preferita alla precedente denominazione di tali accordi come “volontari”. Nella classificazione elaborata dalla Commissione, gli accordi autonomi rientrano nella più ampia categoria dei testi “di nuova generazione”, impiegata per qualificare i prodotti del dialogo sociale la cui attuazione è affidata alle parti sociali stesse. A distinguere gli accordi dai c.d. *process-oriented text* sarebbe la previsione di “un termine entro cui l'attuazione dei vari obiettivi deve essere completata”, potendosi altrimenti parlare tutt'al più di mere “raccomandazioni ai propri membri”³⁴: “la differenza essenziale tra i due è che i primi vanno attuati e verificati entro una certa data, mentre i secondi implicano un approccio più procedurale e comportano relazioni regolari sui progressi ottenuti nel perseguire gli obiettivi dei testi”³⁵.

Più recentemente la Commissione ha precisato che gli accordi autonomi sono vincolanti “solo per le parti firmatarie e i loro affiliati”³⁶. Essi “impegnano le parti firmatarie e i loro affiliati nazionali ad una implementazione attraverso soluzioni nazionali a loro iniziativa (legislazione, accordi collettivi, codici di condotta, promozione condivisa di strumenti etc.). L'obbligo di dare seguito è ancor più stringente quando le parti sociali decidono di negoziare un accordo che comporta una sospensione della proposta legislativa della Commissione”; ciò implicando un investimento sui processi di monitoraggio e lo sviluppo di indicatori di valutazione³⁷.

La lettura dei numerosi accordi autonomi finora sottoscritti evidenzia come, in linea generale, a livello intercategoriale, la parte normativa dedicata all'“attuazione e controllo nel tempo” non registri particolari evoluzioni dal primo accordo sul telelavoro in poi. A parte il già citato passaggio nella denominazione da accordo “volontario” ad “autonomo”, l'unica ulteriore modifica di rilievo è quella presente nell'ultimo accordo sui mercati del lavoro inclusivi, dove si introduce, accanto all'obbligo per le parti sociali di dare attuazione all'accordo, anche l'obbligo per

³² *Supra*, nota 21.

³³ Riprendiamo parzialmente qui quanto più ampiamente esposto in S. GIUBBONI, M. PERUZZI, *La contrattazione collettiva di livello europeo al tempo della crisi*, in M. CARRIERI, T. TREU (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali*, Bologna, 2013, p. 131 ss., spec. p. 140 ss.

³⁴ COM(2004)557 def., allegato 2, p. 18.

³⁵ *Ivi*, par. 3.2.1.

³⁶ Documento di lavoro dei servizi della Commissione, del 22 luglio 2010, sul funzionamento e sul potenziale del dialogo sociale settoriale a livello europeo, SEC(2010)964 def., p. 13.

³⁷ *Ivi*, p. 17 ss.

le stesse di promuoverlo. Come spiega la guida interpretativa dell'ETUC: "l'esperienza dei precedenti accordi ha insegnato che la diffusione e la sensibilizzazione costituiscono un passaggio fondamentale per garantire un'effettiva implementazione dell'accordo"³⁸.

Qualsiasi tentativo inteso a verificare effettività ed efficacia del dialogo sociale autonomo deve confrontarsi con la persistente attualità delle indicazioni forniteci a metà degli anni Settanta da Gérard Lyon-Caen: "se noi vogliamo ad ogni costo (...) prospettare a livello internazionale il modello giuridico che in ciascuno dei nostri paesi abbiamo definito contratto collettivo, siamo destinati a fallire. [Ciò non deve, d'altra parte, dissuadere da] uno sforzo d'immaginazione sufficiente a farci considerare come i problemi sindacali possano e debbano essere trattati in futuro in una prospettiva diversa da quella puramente nazionale"³⁹. Se si utilizzano, infatti, come metro di misura e di valutazione i paradigmi interni della contrattazione collettiva, il dialogo sociale europeo non può che essere destinato ad una predizione di progressivo "declino"⁴⁰. Né, come avverte la Commissione, si può effettuare un'equiparazione tra il processo di implementazione degli accordi autonomi e il processo di trasposizione legislativa delle direttive: "non possono essere attesi risultati uniformi. Qualsiasi verifica dell'implementazione degli accordi autonomi deve tenere in considerazione la loro specifica natura e in generale i sistemi di relazioni industriali nazionali"⁴¹.

L'impossibilità di ricostruire la contrattazione collettiva europea come livello di vertice degli assetti contrattuali interni, da un lato, e l'ibridazione della stessa con la dimensione regolativa *soft* sperimentata a livello istituzionale, dall'altro, non possono che costituire le necessarie premesse per individuare nuovi parametri nella valutazione dei risultati e delle potenzialità del dialogo sociale europeo. A tale riguardo, il metodo di *benchmarking* utilizzato dalla più recente dottrina, in linea con i *report* di valutazione pubblicati dalla Commissione, distingue gli indicatori di implementazione *de iure*, atti a verificare l'attuazione degli accordi sotto il profilo procedurale, dagli indicatori di implementazione *de facto*, che registrano gli effetti sostanziali degli accordi sui sistemi nazionali di regolazione del lavoro⁴².

Sul versante procedurale, il controllo è volto ad accertare se gli accordi siano stati attuati entro la data di scadenza prevista (tre anni dalla firma) e in che misura l'implementazione sia stata realizzata "secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli stati membri", ai sensi dell'art. 155 TFUE. A tale ultimo riguardo è interessante evidenziare come la richiamata disposizione del Trattato non chiarisca se l'accordo necessiti sempre di una traduzione interna ovvero se l'attuazione possa consistere anche in altre soluzioni procedurali, come ad esempio previsto dall'accordo sulla silice cristallina. Utilizzando, nella formulazione inglese,

³⁸ ETUC, *An ETUC Interpretation Guide*, 2012, reperibile online, p. 20.

³⁹ G. LYON-CAEN, *Alla ricerca del contratto collettivo europeo*, in *La contrattazione collettiva: crisi e prospettive*, Milano, 1976, p. 119.

⁴⁰ P. MARGINSON, K. SISSON, *European Integration and Industrial Relations. Multi-level Governance in the Making*, Basingstoke, 2004, p. 90.

⁴¹ Commission Staff Working Paper, 2 July 2008, Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework, SEC(2008)2178, p. 48.

⁴² T. PROSSER, *The Implementation of the Telework and Work-related Stress Agreements: European Social Dialogue Through Soft Law?*, in *European Journal of Industrial Relations*, 2011, p. 245 ss.

il modale “*shall be implemented*”, sembra imporre alle organizzazioni sindacali nazionali un obbligo d'intervento, difficilmente configurabile, tuttavia, alla stregua di un vero e proprio obbligo di ri-contrattazione, che colliderebbe con il principio di libertà sindacale (e di autonomia collettiva) riconosciuto dalle costituzioni degli Stati membri⁴³, come pure dall'art. 152 TFUE e dall'art. 28 della Carta di Nizza.

La disposizione s'indirizza, infine, a due tipologie di destinatari, le parti sociali e gli Stati membri, senza spiegare il ruolo di questi ultimi nella fase di implementazione dell'accordo⁴⁴. Se nel testo degli accordi autonomi intercategoriale ad oggi sottoscritti le organizzazioni firmatarie hanno riformulato la locuzione convertendola in “secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali *negli* Stati membri”, così individuando nei soggetti affiliati gli unici destinatari del *commitment*, sono le concrete modalità di attuazione degli accordi autonomi intercategoriale a confermare la valenza non solo *inter partes* dello strumento normativo e la duplicità dei destinatari dell'implementazione: gli Stati membri accanto alle parti sociali. I *report* di implementazione delle organizzazioni nazionali segnalano, infatti, nell'estrema varietà di soluzioni normative (da regole giuridicamente vincolanti, per quanto rare, a forme di *soft se* non addirittura di “*liquid law*”⁴⁵), il frequente ricorso ad un'azione coordinata e sinergica tra le parti sociali e l'autorità statale, dall'intervento della legislazione nazionale all'attività di concertazione trilaterale.

I risultati e le considerazioni che possono essere tratti da una lettura degli indicatori di implementazione procedurale degli accordi su telelavoro e *stress* lavoro correlato sono alquanto simili: “salve poche eccezioni, gli strumenti di implementazione (...) sono equivalenti, nonostante la differente portata degli accordi”⁴⁶. Più problematica è, invece, la valutazione di tali risultati. Se il parametro è l'implementazione dell'accordo in una qualsiasi forma procedurale nel termine previsto, l'esito della valutazione non può che essere positivo; se invece la locuzione “prassi e procedure” è intesa ad indicare i modelli di regolazione tradizionalmente utilizzati dalle parti sociali a livello interno nei singoli Stati membri, la valutazione dei risultati si rivela quantomeno più complessa.

Nel Regno Unito, ad esempio, dove la prassi è una combinazione di dialogo sociale decentralizzato e utilizzo della legge, l'elaborazione di linee guida non vincolanti di livello intersettoriale, nel 2003 sul telelavoro e nel 2005 sullo *stress* lavoro correlato, non può essere considerata un'efficace soluzione per l'attuazione degli accordi quadro europei. L'impatto di tali linee guida, sia per la loro natura non vincolante, sia per la mancanza di coordinamento tra i diversi livelli di contrattazione, è stato, infatti, molto ridotto a livello settoriale e aziendale. Così in Danimarca, dove

⁴³ Cfr. F. CARINCI, *Dal dialogo sociale al negoziato europeo: gli interventi degli Stati e delle Parti sociali*, in *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, supplemento al *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, Roma, 1995, p. 81 ss., spec. p. 92.

⁴⁴ Cfr. sul punto la comune dichiarazione delle parti firmatarie dell'Accordo sulla politica sociale (poi ri-allegata al Trattato di Amsterdam), in cui si esclude vi sia “alcun obbligo per gli Stati membri di applicare gli accordi direttamente o di prevedere regole per la loro trasposizione, né alcun obbligo di modificare la legislazione nazionale in vigore per facilitare la loro attuazione”.

⁴⁵ R. BLANPAIN, *Introductory Remarks*, in R. BLANPAIN (ed.), *European Framework Agreements and Telework: Law and Practice, a European and Comparative Study*, The Hague, 2007, p. 6.

⁴⁶ Commission Staff Working Document, 24 February 2011, Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Work-related Stress, SEC(2011)241, p. 30.

si registra un'insufficiente traduzione degli accordi a livello settoriale, in un sistema nazionale che su tale dimensione contrattuale si articola⁴⁷.

La lettura degli indicatori procedurali segnala altresì un ulteriore profilo di interesse: “l'esistenza di una sviluppata sede politica intersettoriale costituisce una preconditione determinante per l'efficace implementazione di tali accordi europei”; ciò confermando l'ipotesi che “i risultati dell'implementazione sono più deboli negli Stati con strutture di dialogo sociale più decentralizzate”⁴⁸.

Ad esiti diversi porta, invece, la verifica dell'implementazione dei due accordi se orientata ad un'analisi degli effetti sostanziali sullo *standard* di tutela interno. Nella valutazione della Commissione la differenza è netta. Per quanto riguarda l'accordo sul telelavoro, “esso ha raggiunto gli obiettivi specifici stabiliti dalla Commissione (e condivisi dalle parti sociali) e ha chiaramente contribuito agli obiettivi di Lisbona nella modernizzazione dei mercati del lavoro e nel perseguimento di una più dinamica economia basata sulla conoscenza”⁴⁹. L'implementazione dell'accordo sullo *stress* lavoro correlato, invece, “non ha ancora assicurato un minimo grado di effettiva tutela dei lavoratori dallo *stress* lavoro correlato nell'Unione europea. Ciò dimostra che tutti gli *stakeholder* devono considerare ulteriori iniziative per garantire che questo obiettivo sia raggiunto”⁵⁰.

Il successo dell'accordo sul telelavoro e l'insuccesso di quello sullo *stress* lavoro correlato possono essere ricondotti a due fattori: il margine di possibile miglioramento dello *standard* di tutela preesistente, più ampio nel caso del telelavoro essendo un tema che non era ancora stato regolato in molti Paesi e settori; il livello di prescrittività delle disposizioni normative, molto basso nell'accordo sullo *stress* lavoro correlato. A tale ultimo riguardo il commentario elaborato dall'ETUC rileva come la natura primariamente descrittiva, più che prescrittiva, dell'accordo sullo *stress* sia la conseguenza del difficile negoziato sul tema e, in particolare, del divario tra la prospettiva del fronte sindacale, volta a ricondurre la regolamentazione del fenomeno alla sua dimensione collettivo-organizzativa, e l'interesse del fronte datoriale a trattenere, invece, la sua rilevanza sul versante puramente individuale e soggettivo ed a evitare ogni esplicito collegamento con la direttiva 89/391/CEE.

A sciogliere l'*impasse* creatasi a fronte di tali contrastanti posizioni è stata l'adozione di una definizione di *stress* volutamente generica, elusiva sotto il profilo scientifico, non collegata, in sé, al contesto lavorativo, oltre che fortemente incentrata sull'individuo: “leggendo l'accordo europeo, il desiderio di certezza prescrittiva rimane quindi insoddisfatto”⁵¹. Come evidenzia la Commissione, la problematica soluzione di compromesso adottata in sede negoziale a livello europeo ha comportato numerosi dubbi interpretativi in sede di attuazione nazionale. A causa delle sue aporie, il testo negoziale non è stato inoltre individuato dagli attori coinvolti nella fase di implementazione come un utile punto di riferimento: “alcuni

⁴⁷ T. PROSSER, *op. cit.*, p. 267.

⁴⁸ *Ivi*, p. 257; pure B. KELLER, *Social Dialogues – The State of the Art a Decade after Maastricht*, in *Industrial Relations Journal*, 2003, p. 411 ss.

⁴⁹ Commission staff working paper, 2 July 2008, Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework, Sec(2008) 2178, p. 3.

⁵⁰ SEC(2011)241, p. 32.

⁵¹ L. CALAFÀ, *Nuovi rischi e nuovi strumenti di prevenzione nelle Pubbliche Amministrazioni*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, Torino, 2009, p. 190.

hanno ritenuto che non fosse sufficientemente vincolante, molti che non fosse abbastanza esauriente o che non aggiungesse nulla ai preesistenti strumenti regolativi e d'indirizzo"⁵².

Ancora diverse le valutazioni relative all'accordo su molestie e violenza al lavoro del 2007, per il quale può rilevarsi, da un lato, come la preesistenza di uno *standard* normativo più o meno consolidato sul tema abbia in molti casi orientato gli attori interni ad una migliore definizione del vigente quadro legislativo o di precedenti interventi, piuttosto che all'adozione di strumenti nuovi; dall'altro, come l'articolazione del testo negoziale per nozioni e formulazioni ampie, pur comportando – ancora una volta – difficoltà in sede di attuazione, abbia costituito un utile elemento di flessibilità, che ha consentito di elaborare soluzioni nazionali calibrate sullo specifico contesto interno.

Le parti sociali concludono tuttavia la valutazione dei risultati collocando gli stessi all'interno di un'interessante prospettiva d'osservazione, qui ancora più enfatizzata rispetto al precedente accordo sullo *stress*. Esse evidenziano che “importante non è solo il risultato prodotto, ma altresì il processo attraverso il quale si raggiunge. Il dibattito sviluppatosi tra le parti sociali nazionali ha condotto ad una migliore comprensione delle reciproche esigenze in termini di lotta alle molestie e violenza al lavoro; ha inoltre permesso di maturare una maggiore esperienza nei processi di dialogo sociale, utile per il futuro”⁵³; ciò che si è verificato non solo in sede di conclusione di accordi interni, ma anche nella traduzione linguistica dell'accordo e nella verifica della legislazione esistente. L'implementazione dell'accordo ha del resto fornito dati importanti sulla presenza di lacune nell'attività di *reporting*, suggerendo adeguati interventi di miglioramento, come è stato poi previsto all'interno del programma di lavoro 2012-2014 sotto l'obiettivo *Better implementation and impact of social dialogue instruments*.

La riflessione delle parti sociali sull'implementazione dell'accordo del 2007 promuove una prospettiva d'analisi del dialogo sociale autonomo indirizzata a valorizzarne lo sviluppo alla luce non tanto degli indicatori di risultato sopra citati, rispetto ai quali il giudizio sarebbe inevitabilmente negativo – visto che le tipologie di *governance* ivi implicate segnano una prospettiva certamente deludente per quanti vorrebbero vedere in Europa adeguati livelli di tutela sostanziale del lavoro⁵⁴ –, quanto del progressivo consolidamento delle dinamiche procedurali che esso innesca. In questa prospettiva, la contrattazione collettiva autonoma potrebbe essere descritta, nel suo potenziale sviluppo, come un percorso parallelo e complementare al metodo aperto di coordinamento, da cui si distingue per la valorizzazione dell'autonomia delle parti sociali, sia a livello europeo sia a livello nazionale, nella promozione di un “bottom-up process of softer sectoral governance”⁵⁵. L'autonomia, nella fase di negoziazione ma altresì in quella di gestione del momento applicativo dell'accordo, può essere in tal senso indicata come una dimensione regolativa volta a promuovere una dinamica *bottom-up* multi-livello per il coordinamento delle

⁵² SEC(2011)241, p. 28 s.

⁵³ *Final Joint Report* relativo all'implementazione dell'accordo su molestie e violenza al lavoro, adottato dalle parti sociali il 27 ottobre 2011, p. 36.

⁵⁴ In tal senso T. PROSSER, *op. cit.*, p. 258.

⁵⁵ S. SMISMANS, *op. cit.*, p. 170.

politiche sociali interne. Una dinamica che garantisce il coinvolgimento delle parti sociali nazionali non come mere esecutrici di obiettivi stabiliti *aliunde*, ma come centri di deliberazione decentrata che agiscono nell'ambito della propria libertà sindacale, favorendo altresì l'uropeizzazione dei sistemi interni di relazioni industriali, specie di fronte all'accentuata eterogeneità derivante dall'allargamento.

La valutazione di efficienza ed effettività della contrattazione collettiva europea si concentra, in tale prospettiva, sulla sua capacità non tanto di configurarsi come livello di vertice vincolante, quanto di funzionare come "sistema di azione" e di "costruzione sociale"⁵⁶. Ancora una volta, molto dipende dal *benchmark*: se questo è costituito da un sistema di contrattazione collettiva sovranazionale che si traduce in accordi vincolanti, allora il dialogo sociale non può che essere considerato "a travesty of the real thing"⁵⁷. Se invece il *benchmark* è dato dalla concorrenza tra i diversi regimi nazionali del mercato del lavoro, allora i suoi risultati possono essere valutati (almeno in parte) positivamente per la capacità di "aprire ad una nuova dimensione di regolazione a livello europeo volta al coordinamento degli sviluppi a livello nazionale"⁵⁸.

In ogni caso, pur collocandoci nella prospettiva indicata da Lyon-Caen quando ancora una forma di negoziazione collettiva di livello europeo poteva davvero apparire un miraggio⁵⁹, resta il fatto che anche una valutazione svolta sulla base di criteri specifici e, per così dire, dedicati (attenti, cioè, ad evitare improprie assimilazioni con il fenomeno dell'autonomia collettiva quale storicamente si esprime nei diversi sistemi nazionali di relazioni industriali), non può che evidenziare l'intrinseca debolezza del dialogo sociale autonomo.

4. All'entrata in vigore del Trattato di Lisbona taluni commentatori avevano intravisto nel disposto di cui all'art. 152 TFUE il viatico per un rafforzato percorso di autonomia nel dialogo sociale europeo. In questa indulgente prospettiva, la nuova disposizione avrebbe potuto incanalare "verso una maggiore autonomia ed indipendenza rispetto al dialogo codificato nell'art. 154 TFUE, [con] progressivo affrancamento (...) dalle forme di partecipazione degli attori sociali all'attività di produzione normativa dell'Unione in materia sociale istituzionalizzata da quest'ultima disposizione"⁶⁰. Altri avevano evidenziato come la sinergia tra l'art. 152 TFUE e l'immissione dei diritti sociali fondamentali nel diritto primario dell'Unione avrebbe costretto ad affrontare il paradosso dell'esclusione di competenza *ex art.* 153, par. 5, incoraggiando auspicabilmente un intervento istituzionale di sostegno alla contrattazione collettiva "quale fonte affidabile e uniforme di autonoma regolazione transnazionale", atto ad esempio a promuovere la conclusione di "un

⁵⁶ E. LÉONARD, *European Sectoral Social Dialogue: An Analytical Framework*, in *International Journal of Industrial Relations*, 2008, p. 409 ss. Su una linea interpretativa simile anche F. ALACEVICH, *Promuovere il dialogo sociale. Le conseguenze dell'Europa sulla regolazione del lavoro*, Firenze, 2004.

⁵⁷ P. MARGINSON, K. SISSON, *op. cit.*, p. 103.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Supra*, nota 39. Ma si veda anche la riflessione anticipatrice di E. TRIGGIANI, *Il contratto collettivo di diritto comunitario*, in *Rivista di diritto europeo*, 1979, p. 226 ss.

⁶⁰ B. CARUSO, A. ALAIMO, *op. cit.*, p. 13.

accordo-quadro sulla rappresentatività degli *actors* o sulle regole del conflitto o sulle retribuzioni”⁶¹.

Nulla di tutto ciò si è tuttavia verificato e, come ha riconosciuto la stessa Commissione nell’ultimo rapporto di sintesi sullo stato delle relazioni industriali in Europa, “the development of the financial and economic crisis impacted industrial relations in many Member States and this has left clear marks in the quality and dynamism of social dialogue at EU level”⁶². L’inconsistenza degli sviluppi del dialogo sociale settoriale autonomo negli anni della grande crisi viene così riconosciuta dalla stessa Commissione, che pure continua a manifestare un certo ottimismo sulle sue prospettive⁶³.

Si ha ragione di credere che anche tale ottimismo sia mal riposto⁶⁴. Il fronte datoriale è tradizionalmente contrario ad un qualsiasi intervento istituzionale volto a modificare il quadro normativo vigente e il sistema in cui si muove il dialogo sociale europeo⁶⁵. Il modello di dialogo sociale autonomo che è venuto consolidandosi, al di là degli arretramenti di questi ultimi anni, rimane quello di una forma di europeizzazione debole al limite della inconsistenza delle relazioni sindacali all’interno dell’Unione, caratterizzata in nettissima prevalenza dall’uso di “soft type of regulations and the non-binding character of the majority of its products, with consequent problems of implementation”⁶⁶.

La crisi economica e finanziaria – e le risposte fornite dall’Unione essenzialmente all’insegna della *austerità* – hanno del resto frustrato gli stessi timidi tentativi di coordinamento delle politiche salariali⁶⁷, che sono rimasti limitati geograficamente e settorialmente e, prima ancora, sono risultati largamente ineffettivi⁶⁸. Tali tentativi appaiono d’altra parte tendenzialmente spiazzati a monte dall’assetto macroeconomico dell’eurozona, che nel moltiplicare le linee di divisione e di divergenza delle traiettorie di competitività delle economie nazionali (tra i Paesi “creditori” del Nord e gli Stati “debitori” del Sud, come tra l’Est e l’Ovest), produce

⁶¹ B. VENEZIANI, *L’art. 152*, cit., p. 258.

⁶² European Commission, *Industrial Relations in Europe 2014*, Luxembourg, 2015, p. 135.

⁶³ Da ultimo, benché piuttosto *en passant*, nel c.d. *Pilastro europeo dei diritti sociali*: v. la comunicazione COM(2017)250 fin., del 26 aprile 2017, che è come noto alla base del processo politico sfociato infine nella solenne proclamazione inter-istituzionale di Göteborg del novembre 2017 (su cui ci permettiamo di rinviare a S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 953 ss.). Va semmai notato come, a dispetto di tale atteggiamento apparentemente promozionale, la Commissione, con lettera indirizzata alle parti firmatarie il 5 marzo 2018, abbia inopinatamente deciso di disattendere la richiesta congiunta delle stesse parti sociali di implementare attraverso una “decisione” del Consiglio l’accordo quadro sui diritti di informazione e consultazione dei pubblici dipendenti del 21 dicembre 2015, uno dei rari esempi di dialogo sociale settoriale di una qualche rilevanza di questi ultimi anni.

⁶⁴ Per una diversa valutazione v. S. SCIARRA, *Solidarity and Conflict. European Social Law in Crisis*, Cambridge, 2018, p. 22.

⁶⁵ Il timore di un’ingerenza istituzionale nelle materie escluse, in particolare nell’ambito delle retribuzioni, è del resto comprensibilmente avvertito con forza anche dall’ETUC, che in diverse occasioni ha ribadito che “la fissazione delle retribuzioni deve rimanere di competenza nazionale ed essere gestita secondo le prassi nazionali e i sistemi di relazioni industriali” (così la risoluzione *A Social Compact for Europe*, adottata dal Comitato esecutivo il 5-6 giugno 2012).

⁶⁶ L. BORDOGNA, R. PEDERSINI, *op. cit.*, p. 201.

⁶⁷ *Ivi*, p. 197.

⁶⁸ *Ivi*, p. 200.

semmai incentivi che vanno nella direzione esattamente opposta alla realizzazione di forme di coordinamento sovranazionale della contrattazione collettiva sui salari⁶⁹. L'*Euro Plus Pact*, una sorta di compendio della più classica precettistica neoliberale (e ordoliberal)⁷⁰, nel raccomandare il decentramento della contrattazione salariale al livello in cui si misurano gli incrementi della produttività, onde allinearvi rigorosamente le dinamiche retributive, esprime all'evidenza istanze esattamente opposte a quelle perseguibili da processi di coordinamento europeo che aspirino ad una minima consistenza effettiva⁷¹.

Non diversa appare del resto, in questo contesto, la sorte della macro-contrattazione collettiva istituzionale, regolata dagli articoli 154 e 155 TFUE. Essa ha infatti subito lo stesso processo d'apparentemente inarrestabile declino toccato in sorte, con evidente accelerazione dopo il grande allargamento avviato nel 2004, alla legislazione sociale euro-unitaria mediante direttive⁷², alla quale tale modello di dialogo tra le parti sociali a livello sovranazionale è, in effetti, sostanzialmente strumentale. Tale "risorsa regolativa" dell'ordinamento euro-unitario⁷³ – una contrattazione "istituzionale" in quanto funzionale al processo legislativo sovranazionale – ha inevitabilmente risentito della crisi che ha investito il modello di armonizzazione per direttive, praticamente abbandonato dalle istituzioni dell'Unione, come conferma da ultimo il c.d. *Pilastro europeo dei diritti sociali*⁷⁴.

Dopo una iniziale fase di relativo successo, segnata principalmente dalle due direttive sul lavoro atipico della seconda metà degli anni Novanta⁷⁵, anche il dialogo sociale e la macro-contrattazione collettiva intersettoriale di livello paneuropeo hanno subito un processo d'inarrestabile declino, sino alla paralisi attuale. Venuta meno la minaccia dell'iniziativa legislativa di *default* della Commissione, le organizzazioni datoriali hanno invero ben pochi incentivi a negoziare, e lo stesso fronte dei sindacati dei lavoratori, relativamente unito e omogeneo sino all'allargamento, è oggi percorso da divisioni e conflitti diagonali che seguono le numerose linee di frattura aperte dalla crisi.

⁶⁹ Cfr. S. DEAKIN, *Social Policy, Economic Governance and EMU. Alternatives to Austerity*, in N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN (eds.), *op. cit.*, p. 83 ss.

⁷⁰ Cfr., tra le altre, la fine analisi di L. OBERNDORFER, *A New Economic Governance through Secondary Legislation? Analysis and Constitutional Assessment: From New Constitutionalism, via Authoritarian Constitutionalism, to Progressive Constitutionalism*, *ivi*, p. 25 ss.

⁷¹ Cfr. ancora S. DEAKIN, *op. cit.*, p. 92 ss., che giustamente individua nell'accordo intergovernativo del marzo 2011 la cristallizzazione delle politiche di austerità sul fronte della contrattazione salariale, in una logica di svalutazione interna competitiva raccomandata *in primis* ai Paesi "debitori" della periferia europea come unica via per un recupero di competitività all'interno dell'Unione. In senso analogo anche S. SCIARRA, *Solidarity and Conflict*, *cit.*, p. 32 ss.

⁷² Sia consentito il rinvio a S. GIUBBONI, *Ascesa e caduta del diritto del lavoro dell'Unione europea*, in *Sociologia del diritto*, 2017, n. 3, p. 7 ss.

⁷³ Cfr. A. LO FARO, *Funzioni e finzioni*, *cit.*, p. 237 ss.

⁷⁴ Di "stato comatoso" della macro-contrattazione collettiva europea istituzionalizzata parla impietosamente A. LO FARO, *Bargaining in the Shadow of Optional Framework? The Rise of Transnational Collective Agreements and EU Law*, in *European Journal of Industrial Relations*, 2012, p. 153 ss., spec. p. 154.

⁷⁵ R. DUKES, C. CANNON, *op. cit.*, p. 93 ss., individuano tre fasi di evoluzione – o, per meglio dire, di involuzione – del dialogo sociale europeo, sottolineando lo stallo pressoché totale in cui è entrata la contrattazione collettiva para-legislativa a partire, in particolare, dal 2010.

Quello che Paul Craig, nell'analizzare la nuova "gerarchia liquida"⁷⁶ delle fonti del diritto dell'Unione, ha efficacemente definito "il passaggio dalla legge al contratto"⁷⁷, è in tutta evidenza un fenomeno ben diverso dal progetto di valorizzazione della contrattazione collettiva para-legislativa originariamente prefigurato dall'Accordo sulla politica sociale allegato al Trattato di Maastricht. Quello individuato da Craig è, piuttosto, un fenomeno di disarticolazione delle fonti riconducibili al metodo comunitario classico, caratterizzato dal sopravanzare, nell'ambito della nuova *governance* economica dell'Unione, di modelli regolativi di tipo intergovernativo-contrattuale post-democratici situati in larga parte al di fuori dei canali della *rule of law* euro-unitaria (e, quindi, delle stesse possibilità di controllo, da un lato, del Parlamento europeo e, dall'altro, della Corte di giustizia)⁷⁸.

5. La grande crisi ha avuto – e continua ad avere – un impatto assai diseguale sulle economie dei Paesi membri dell'Unione europea, aggravando quella traiettoria di progressiva divergenza che ancora potenzialmente minaccia la tenuta della eurozona. Anche l'impatto sui diversi sistemi di relazioni industriali dei Paesi membri dell'Unione, e dell'eurozona in particolare, è stato inevitabilmente molto differenziato; e tuttavia, anche in quest'ambito, è possibile ritracciare alcuni tratti comuni, o almeno talune direzioni o traiettorie di fondo, che sembrano accomunare le esperienze nazionali nella crisi.

Uno di tali più evidenti tratti – ed insieme l'aspetto forse più significativo di quella che Baccaro e Howell hanno definito la comune traiettoria neo-liberista dei sistemi di relazioni industriali in Europa⁷⁹ – è senz'altro rappresentato dalla progressiva e sempre più accelerata erosione della contrattazione collettiva *multi-employer* e segnatamente del ruolo – già baricentrico nelle principali economie dell'eurozona – del contratto collettivo nazionale di categoria o di settore. La crisi ha certamente accentuato la tendenza, peraltro già da tempo in atto, ad un progressivo affievolimento della contrattazione salariale centralizzata, anzitutto in termini di copertura⁸⁰, rafforzando, di converso, il ruolo di quella decentrata (aziendale, essenzialmente), alla quale non a caso è sempre più esplicitamente diretto il favore di quell'insieme assai eterogeneo, ma sempre più pervasivo, di orientamenti, raccomandazioni, vincoli di vario genere (e di diversa natura), che siamo soliti compendiare con la formula della nuova *governance* economica europea (e di cui il già citato *Euro Plus Pact* costituisce, sotto questo profilo, elemento particolarmente emblematico).

⁷⁶ Per riprendere la metafora, di chiara ascendenza baumaniana, di F. MARTELLONI, *Gerarchia «liquida» delle fonti del diritto del lavoro*, in L. NOGLER, L. CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber Amicorum Marcello Pedrazzoli*, Milano, 2012, p. 433 ss.

⁷⁷ P. CRAIG, *Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, in M. ADAMS, F. FABBRINI, P. LAROUCHE (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, 2014, p. 19 ss., spec. p. 29.

⁷⁸ Sul punto v. diffusamente L. OBERNDORFER, *op. cit.*, p. 29 ss., nonché I. SCHÖMANN, *Changes in the General European Legal Framework*, in N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN (eds.), *op. cit.*, p. 11 ss.

⁷⁹ *Supra*, nota 2, e già in precedenza L. BACCARO, C. HOWELL, *Il cambiamento delle relazioni industriali nel capitalismo avanzato: una traiettoria comune in direzione neoliberista*, in M. CARRIERI, T. TREU (a cura di), *op. cit.*, p. 189 ss.

⁸⁰ Cfr. anche A. JACOBS, *Decentralisation of Labour Law Standard Setting and the Financial Crisis*, in N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN (eds.), *op. cit.*, p. 171 ss.

Il caso della Germania – egemone riluttante e introverso dell’Unione, che ha straordinariamente profittato della crisi per rafforzare il proprio vantaggio sui *partner* più deboli dell’eurozona, tra cui evidentemente l’Italia – è in tal senso paradigmatico per le dimensioni di tale tendenza ad una progressiva fuoriuscita delle imprese dalla contrattazione settoriale (che ha conosciuto, infatti, in pochi anni, una significativa contrazione del proprio ambito di copertura grazie al fiorire delle clausole di *opting-out*) e ad un simmetrico potenziamento del rilievo della negoziazione decentrata⁸¹. Quello tedesco è, tuttavia, un caso tutt’altro che isolato, per quanto di eccezionale rilievo per la centralità economica del Paese e la rapidità e la profondità del mutamento. Una misura come il salario minimo legale, come noto introdotta a decorrere dal gennaio 2015, non avrebbe con ogni probabilità potuto vedere la luce (a prescindere dalle peculiari condizioni di contesto politico che l’hanno resa possibile) in assenza d’un cambiamento così profondo del sistema di relazioni sindacali di quel Paese.

Naturalmente, ogni sistema si è incamminato lungo la comune traiettoria neoliberista in modo diverso, e il percorso seguito dai Paesi che – come la Grecia, il Portogallo o la Spagna – hanno fatto ricorso (in modalità, intensità e tempi a loro volta assai diversi) all’assistenza finanziaria “condizionata” dell’Unione è connotato da una forte peculiarità nazionale (oltre che da una evidente accelerazione indotta per l’appunto dall’intervento delle autorità sovranazionali, impersonato dalla *Troika*)⁸². Tuttavia, la direzione di fondo del cambiamento nel senso di un generalizzato ampliamento della discrezionalità datoriale – con esiti, nei casi più eclatanti (come quello britannico), di vera e propria de-collettivizzazione delle relazioni lavoro – è molto netta, e certamente suffraga la tesi di Baccaro e Howell di una comune traiettoria neoliberista, ancorché come ovvio svolgentesi lungo percorsi istituzionali inevitabilmente diversi⁸³.

La grande crisi ha dunque certamente rafforzato tali processi, peraltro già in atto nei diversi sistemi nazionali, senza tuttavia sprigionare vere dinamiche di europeizzazione delle relazioni collettive e contrattuali. La crisi ha, anzi, per molti versi rafforzato le spinte alla differenziazione – e nei casi limite (si pensi al confronto tra Grecia e Germania) alla polarizzazione –, secondo logiche di ri-nazionalizzazione competitiva delle risposte degli attori collettivi che hanno riguardato principalmente (ma non solo) i salari. Neppure i sistemi di contrattazione collettiva sono infatti

⁸¹ Sulla dinamica della contrattazione collettiva decentrata in Germania v. T. HAIPETER, S. LEHN-DORFF, *Decentralisation of Collective Bargaining in Germany: Fragmentation, Coordination and Revitalisation*, in *Economia & Lavoro*, 2014, n. 1, p. 45 ss.

⁸² V. l’analisi comparata di F. GUARRIELLO, *Legge e contrattazione collettiva in Europa: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2017, p. 97 ss.

⁸³ La tesi, qui condivisa, è – nell’efficace sintesi dei due autori – che “institutions may change in a neoliberal direction while remaining allomorphic” (L. BACCARO, C. HOWELL, *op. cit.*, p. 14). Il fatto che le reazioni dei sistemi di relazioni industriali siano state diverse, e in particolare che “alcuni paesi del Centro-Nord hanno manifestato un significativo grado di resilienza” (come ha osservato T. TREU, *La contrattazione collettiva in Europa*, cit., p. 403), non smentisce la tesi, ma semmai la rafforza, visto che l’impatto della crisi – e gli stessi “condizionamenti” sovranazionali – sono stati notevolmente asimmetrici, inducendo per questo dinamiche di divaricazione e di vera e propria polarizzazione fra i diversi gruppi di Paesi. Ma la direzione del cambiamento rimane la stessa, seppure a fronte di diverse capacità di adattamento e di resilienza nei confronti della pressione esercitata dalla economia politica della nuova *governance* europea.

rimasti immuni da quella “trappola della competitività”⁸⁴, che – sotto la robusta pressione delle politiche di consolidamento fiscale e di riforma dei mercati del lavoro raccomandate (e talvolta imposte) nell’ambito della *governance* economica europea – ha spinto i singoli sistemi nazionali a strategie di aggiustamento competitivo spesso “a danno del vicino”, con “rischi crescenti di concorrenza al ribasso”⁸⁵.

È invece sostanzialmente mancato – anche per l’inerzia degli stessi sindacati⁸⁶ – quell’“ossigeno sovranazionale” che, secondo autorevoli osservatori⁸⁷, avrebbe potuto almeno in parte mitigare le crescenti difficoltà sperimentate all’interno dei singoli sistemi di relazioni industriali⁸⁸, favorendo risposte coordinate nel tentativo di far emergere interessi collettivi comuni a livello europeo. Un tale interesse, che negli auspici avrebbe dovuto essere sospinto da un’introvabile solidarietà europea⁸⁹, non è in realtà emerso, e si sono piuttosto rafforzate, come già osservato, le spinte all’accentuazione delle demarcazioni e della frammentazione su base nazionale.

Per proseguire nella metafora, i meccanismi del governo economico-finanziario europeo – quali si sono venuti corroborando e inasprendo, in risposta alla crisi, segnatamente con il *Six Pack*, il *Two Pack*, il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell’Unione economica e monetaria⁹⁰ – hanno, anzi, tolto “ossigeno sovranazionale” al sindacato, che ha visto progressivamente marginalizzare il proprio ruolo di interlocutore istituzionale, a dispetto della previsione generale dell’art. 152 TFUE⁹¹. Mentre il c.d. dialogo macroeconomico, istituito nel 1999 con il coinvolgimento dei sindacati, ha di fatto perso significato⁹², “the European Semester has progressively ignored the involvement of social partners”⁹³.

Senonché, senza un attivo ed effettivo coinvolgimento del sindacato nel Semestre europeo, la previsione dell’art. 152 TFUE, e prima ancora la c.d. clausola sociale orizzontale di cui all’art. 9, sono destinate a rimanere un guscio vuoto, nel

⁸⁴ L. GALLINO, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, intervista a cura di P. Borgna, Roma, 2012, p. 81.

⁸⁵ M. CARRIERI, T. TREU, *Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare*, in M. CARRIERI, T. TREU (a cura di), *op. cit.*, p. 7 ss., spec. p. 23. Sulle strategie di svalutazione interna competitiva messe in atto da parte degli Stati membri dell’Unione, in coerenza con le politiche di *austerity* veicolate per il tramite della *governance* europea, cfr. tra i tanti C. CROUCH, *Entrenching Neoliberalism: The Current Agenda of European Social Policy*, in N. COUNTOURIS, M. FREEDLAND (eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge, 2013, p. 35 ss., W. STRECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, trad. it., Milano, 2013 (di cui v. spec. p. 172 ss. sull’atteggiamento del sindacato tedesco).

⁸⁶ Assai riluttanti anzitutto a delegare effettivi poteri decisionali alle rappresentanze europee.

⁸⁷ L’efficace espressione è di G. CELLA, *Difficoltà crescenti per le relazioni industriali europee ed italiane*, in *Stato e Mercato*, 2012, p. 29 ss.

⁸⁸ Cfr. ancora G. CELLA, *Quale futuro per la contrattazione collettiva?*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2016, p. 217 ss., nonché C. CROUCH, *Il declino delle relazioni industriali nell’odierno capitalismo*, in *Stato e Mercato*, 2012, p. 55 ss.

⁸⁹ S. SCIARRA, *Solidarity and Conflict*, cit., p. 133 ss.

⁹⁰ Sarebbe un perfetto fuor d’opera, per chi scrive in una sede così qualificata come questa, fornire anche solo sommarie indicazioni bibliografiche. Per quanto occorra si fa tuttavia rinvio alle recenti monografie di F. FABBRINI, *Economic Governance in Europe*, Oxford, 2016; S. CAFARO, *L’Unione economica e monetaria dopo la crisi*, Napoli, 2017; N. MACCABIANI, *The Effectiveness of Social Rights in the EU. Social Inclusion and European Governance*, Milano, 2018.

⁹¹ V. le dure considerazioni critiche di F. DORSSEMONT, *op. cit.*, p. 154.

⁹² Cfr. L. BORDOGNA, R. PEDERSINI, *op. cit.*, p. 200 ss.

⁹³ S. SCIARRA, *Solidarity and Conflict*, cit., p. 30.

quale i principi pluralistico-partecipativi e di rispetto dell'autonomia collettiva delle parti sociali perdono di qualunque significato che non sia solo beffardamente declamatorio. Per questo Bruno Veneziani ha giustamente invocato una piena attuazione delle previsioni del Trattato, con il coinvolgimento delle parti sociali nel Semestre europeo a cominciare dalla fase preparatoria della redazione del rapporto annuale da parte della Commissione⁹⁴.

La strada per un rilancio del dialogo sociale in Europa non va pertanto individuata nell'astratta enunciazione di diritti già acquisiti alla costituzione formale dell'Unione, come si è fatto con la proclamazione inter-istituzionale del *Pilastro europeo dei diritti sociali* di Göteborg, ma sul piano concreto delle politiche pubbliche⁹⁵, ribaltando la logica disgregativa e – alla lunga – autodistruttiva dell'*austerità* di matrice ordoliberal⁹⁶.

Abstract

The EU and Industrial Relations: A Critical Appraisal

This article focuses on the clumsy interaction between the formal and the material constitution of EU industrial relations law, outlining the ambiguities and contradictions that have marked the EU's institutional role in the frail European industrial relations system that has gradually emerged along the lines of the formal supranational provisions. It is argued that the initial phase of support for the so-called institutional bargaining and, to a certain extent, of sectoral social dialogue has gradually overlapped with – and been replaced by – the reversal of the promotional role played by supranational institutions.

⁹⁴ Cfr. B. VENEZIANI, *Austerity Measures*, cit., p. 141.

⁹⁵ Cfr. S. DEAKIN, *op. cit.*, p. 104 ss.

⁹⁶ Cfr. J. HIEN, C. JOERGES (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Oxford, 2017, p. 1 ss.

Francesco Munari*

L'economia circolare e le nuove regole dell'Unione europea sui rifiuti**

SOMMARIO: 1. L'economia circolare: un "nuovo" approccio alla protezione ambientale. – 2. Il rifiuto come risorsa naturale e ambientale. – 3. L'attuazione del pacchetto concernente l'economia circolare: la gerarchia dei rifiuti "rivisitata". – 4. Gli ambiziosi obiettivi del nuovo pacchetto rifiuti, la *ratio* alla base dei medesimi e le modalità per il loro raggiungimento. – 5. *Segue*: cenni sulle modifiche alle direttive settoriali contenute nel pacchetto economia circolare. – 6. Gli strumenti normativi "intermedi" ipotizzati dalle nuove norme unionali. – 7. L'Italia e l'economia circolare: una rivoluzione culturale ancora da compiersi? – 8. Considerazioni conclusive.

1. Lo scorso aprile il Parlamento europeo ha finalmente approvato il nuovo pacchetto legislativo sull'economia circolare¹, che modifica in misura notevole e molto estesa alcune direttive in materia di rifiuti² e stabilisce per l'Unione ambiziosi obiettivi sia di riciclaggio per gli anni a venire che di progressiva eliminazione dello smaltimento dei rifiuti in discarica. Le relative proposte erano state inizialmente

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Genova.

** Il presente lavoro costituisce un'elaborazione e un aggiornamento di una relazione presentata al Convegno "Aspetti giuridici del ciclo e del riciclo dei rifiuti", tenutosi a Genova l'11 maggio 2018. Ringrazio il dott. Giovanni Sciacaluga per l'aiuto nella ricerca bibliografica e la predisposizione delle note.

¹ Su cui si rimanda a A. BARTL, *The EU Circular Economy Package: A Genius Programme or an Old Hat?*, in *Waste Management & Research*, 2018, p. 309 ss.

² Le (notevoli) modifiche normative investono i seguenti atti di diritto derivato: la direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive (direttiva quadro); la direttiva 1999/31/CE del Consiglio, del 26 aprile 1999, relativa alle discariche di rifiuti; la direttiva 94/62/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 1994, sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio; la direttiva 2000/53/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 settembre 2000, relativa ai veicoli fuori uso; la direttiva 2006/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, relativa a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori; la direttiva 2012/19/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE); le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 94/63/CE, del 20 dicembre 1994, e 2009/31/CE, del 23 aprile 2009, nonché le direttive del Consiglio 86/278/CEE, del 12 giugno 1986, e 87/217/CEE, del 19 marzo 1987, concernenti norme procedurali in materia di elaborazione delle relazioni in materia ambientale (con abrogazione della direttiva 91/692/CEE del Consiglio, del 23 dicembre 1991, e conseguente coordinamento anche con le norme del regolamento (UE) n. 1257/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, relativo al riciclaggio delle navi).

varate dalla Commissione nel 2014³, poi ritirate e modificate anche per renderle coerenti col più ampio quadro di azione indicato dai *Sustainable Development Goals* per il 2030 delle Nazioni Unite; finalmente, il loro concretizzarsi in norme di diritto positivo vigente consente alle istituzioni europee di affrontare e rimodulare diversi ambiti delle politiche ambientali dell'Unione in materia di rifiuti. Il tutto con l'obiettivo di carattere generale volto a rendere il sistema economico degli Stati membri sempre più "circolare", nell'ottica di ridurre il numero complessivo di rifiuti grazie non solo a un loro sempre più oculato ed efficiente (ri)utilizzo, ma soprattutto a una complessiva rivalutazione sui beni che quotidianamente produciamo e consumiamo, e che, per loro natura, sono inevitabilmente destinati a diventare rifiuti.

Nell'immaginario collettivo (e, in questa prospettiva, nella sua disciplina di diritto positivo "replicante" il tradizionale comune sentire sulla materia), i rifiuti sono stati a lungo associati a qualcosa di "negativo", "pericoloso", soprattutto qualcosa di cui liberarsi ovvero, secondo impostazioni solo apparentemente e superficialmente pan-ambientaliste, da trattare sempre alla stregua di una sostanza nociva.

Tale preconcetto – e conseguente errata impostazione giuridica – purtroppo rimangono ancora largamente diffusi in Italia, e ciò anche in ambito applicativo delle norme da parte delle amministrazioni competenti e, come vedremo, della nostra stessa giurisprudenza. La quale, va detto, può aver subito comprensibili condizionamenti derivanti da situazioni patologiche vissute nel nostro Paese riguardo al trattamento e alla gestione di particolari rifiuti, ma spesso dà l'impressione di non riuscire ad affrancare dal preconcetto secondo cui la gestione dei rifiuti debba essere sempre vista come un potenziale veicolo per cagionare un pregiudizio ambientale.

2. Al contrario, da anni la normativa europea ha rovesciato tale paradigma, proprio in funzione della tutela dell'ambiente: da "bene negativo" o "fonte di responsabilità", si è enfatizzato il ruolo del rifiuto come risorsa. Del resto, salvo rari casi, che vengono peraltro attentamente considerati dal diritto dell'Unione europea, gran parte dei rifiuti possono in realtà *per se* rappresentare, o agevolmente diventare, beni veri e propri associati alla produzione o al consumo di altri prodotti. In quest'ottica, i rifiuti sono una risorsa e come tali dovrebbero essere trattati, anche da parte del legislatore e dei soggetti che applicano e interpretano la relativa disciplina di settore.

Al netto di velleitari propositi di una "decrescita felice", teoria che anela alla creazione di una improbabile società decisamente meno incentrata sulla crescita materiale e consumistica⁴, da anni ormai l'obiettivo fondamentale e assai più realistico che si è dato l'Unione europea consiste non già nell'impovertire la società in cui viviamo e quindi gli individui, ma nel cercare di modificarne i modelli di produzione e consumo al fine di attuare una gestione sostenibile dell'elemento conclusivo appunto dei processi di produzione e consumo, e cioè i rifiuti. In altri termini, la riduzione della produzione dei rifiuti non passa attraverso una diminuzione delle "cose" che la società produce, bensì nella gestione dei processi produttivi, economici e normativi ad esse relativi, onde trasformare nella massima misura possibile queste "cose" in beni che, terminato il loro primo ciclo di vita, rimangano comunque beni da poter riutilizzare e

³ Cfr. European Parliament, Briefing, EU Legislation in Progress, *Circular Economy Package. Four Legislative Proposals on Waste*, gennaio 2016, reperibile *online*.

⁴ Su cui S. LATOUCHE, *La scommessa della decrescita*, Milano, 2007; ID., *Come si esce dalla società dei consumi. Corsi e percorsi della decrescita*, Torino, 2011.

reimmettere nel mercato. Lo sforzo quindi, anche normativo e di gestione dei processi produttivi e di consumo, è quello di migliorare la loro gestione complessiva, così da poter riutilizzare i rifiuti per successivi cicli produttivi, una volta eliminate e/o adeguatamente trattate le sostanze pericolose eventualmente contenute in essi. Questo è, essenzialmente, il contenuto e l'obiettivo caratterizzante la c.d. economia circolare⁵.

3. La nuova impostazione sui rifiuti adottata a livello unionale è stata attuata ancora una volta utilizzando il modello ampiamente sperimentato in passato sull'intera legislazione di natura ambientale. Si è proceduto, quindi, *in primis*, con l'adozione di un programma pluriennale⁶, nel quale sono stati stabiliti gli obiettivi di massima da raggiungere. Successivamente, anche all'esito di ampi processi di consultazione dei diversi *stakeholders*, al programma è stata data attuazione, in diversi momenti, mediante – emendamenti alle – normative di cornice (c.d. direttive quadro) e, poi, ove necessario, a norme specifiche aventi natura settoriale, con l'intento di disciplinare situazioni particolari che richiedono regole dettagliate.

Ciò posto, al di là della singola disposizione che viene volta a volta in esame, proprio l'impostazione e la successiva tecnica redazionale delle regole ambientali (nel nostro caso, sui rifiuti e l'economia circolare) impongono all'interprete un approccio sistematico relativo all'intero regime normativo, al fine di consentire la promozione degli obiettivi che, nel loro insieme, tutti i diversi atti legislativi adottati intendono perseguire in modo tra loro coerente. Ciò è particolarmente vero per i rifiuti, attesa la loro rilevanza assolutamente trasversale per l'intera economia circolare. Si conferma, quindi, sotto gli specifici profili qui accennati, l'esattezza dell'impostazione che abbiamo da tempo sottolineato rispetto allo studio e all'applicazione del diritto ambientale, cioè la dimensione olistica della disciplina in esame⁷.

Così, nel quadro delle politiche da attuare entro il 2020, l'Unione si è imposta il raggiungimento di determinati obiettivi di fondo⁸. Fondamentale è, in questo senso, la piena attuazione della c.d. gerarchia dei rifiuti, ovvero la serie di azioni da intraprendere, in un preciso ordine gerarchico, nella gestione dei beni e dei rifiuti, volto a diminuire l'impatto ambientale di questi ultimi; e cioè, nell'ordine: (i) prevenzione, (ii) riutilizzo, (iii) riciclaggio, (iv) recupero di energia e (v) smaltimento.

L'ipotesi è quella secondo cui la piena attuazione della gerarchia su vasta scala consente di ridurre, nel tempo ma grandemente, il quantitativo dei rifiuti prodotti sia *pro-capite* che complessivamente dai cittadini/imprese e/o residenti europei, riducendo, fino ad azzerare, il conferimento in discarica dei rifiuti medesimi, che dovrebbe essere limitato a casi assolutamente residuali e comunque previa eliminazione di qualsiasi rischio ambientale scaturente dal conferimento medesimo.

Accanto a ciò, gli obiettivi si propongono di limitare il recupero dei rifiuti come energia esclusivamente ai materiali non riciclabili (beninteso, considerando il saldo complessivo necessario per il riciclaggio rispetto a quello del recupero energetico) e

⁵ In tema v. J. KORHONEN, A. HONKASALO, J. SEPPÄLÄ, *Circular Economy: The Concept and its Limitations*, in *Ecological Economics*, 2018, p. 37 ss., ma v. anche il video a cura della Commissione, su www.youtube.com/watch?v=M125Vonn844.

⁶ V. il *7th Environment Action Programme*: decisione 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, su un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020 «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta».

⁷ F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Diritto transnazionale dell'ambiente*, Bologna, 2012, *passim*.

⁸ Cfr. Annex 3 del *7th Environment Action Programme, Targets set by the EU environment policy*.

di utilizzare in modo sempre più sistematico gli strumenti di mercato volti a modificare il comportamento degli attori sociali. In questa prospettiva, viene innanzitutto in rilievo la disciplina relativa alla c.d. responsabilità estesa del produttore (*extended producer responsibility*), ma in realtà, e in prospettiva, si aprono per il legislatore opzioni di scelta molto più ampie e ambiziose impostate sulla disciplina di un prodotto... dalla culla alla tomba (c.d. *from cradle to grave*), basata sul primo degli obiettivi della gerarchia dei rifiuti, cioè la preparazione, che in effetti non riguarda i rifiuti, bensì i beni prima che diventino tali.

Così, per fare qualche esempio, si può immaginare di intervenire normativamente per favorire la standardizzazione di determinati prodotti (pensiamo alle bottiglie), in funzione di un loro riutilizzo multiplo quale contenitore per più tipologie di liquidi; oppure per vietare la produzione di prodotti mono-uso, che necessariamente diventano rifiuti subito dopo il loro unico utilizzo; oppure ancora per imporre che determinati prodotti vengano realizzati esclusivamente con materiali riciclabili e/o non dannosi per l'ambiente. Tra l'altro, le due ultime ipotesi dianzi accennate configurano scelte normative già attuate, sia nell'ambito del pacchetto sull'economia circolare oggetto del presente contributo, sia, in precedenza, rispetto alle regole che ci si è dati a livello europeo per la riduzione della plastica, la cui dannosità per l'ambiente in caso di dispersione della stessa si è recentemente imposta come una delle emergenze più sentite a livello scientifico-ambientale⁹.

Infine, il nuovo pacchetto sull'economia circolare intende combattere gli sprechi alimentari, aumentare il compostaggio e la bio-metanizzazione, favorendo quindi sempre più la re-immissione di rifiuti e sotto-prodotti nel sistema, nell'ottica "nuova" che vuole appunto imprimere una forte circolarità dell'economia europea.

Anche qui, al di là del mero profilo ambientale, l'obiettivo declinato dall'Unione impone una riflessione sulla disciplina relativa ai prodotti alimentari, che nella precedente visione "consumeristica" assumeva di tutelare la salute delle persone imponendo ad esempio rigorosi termini di scadenza dei prodotti (anche di quelli il cui decadimento qualitativo è, dal punto di vista scientifico, quanto meno dubbia); un tale approccio, per inciso, favorisce il sovra-consumo di alimenti e, correlativamente, la sovra-produzione, talché, anche involontariamente, la tutela del consumatore si saldava, sul piano della *ratio* normativa, con norme volte a favorire l'aumento di *output* produttivo, e quindi di ricavi, in capo alle imprese agricole, e a tutta la filiera logistica e del *packaging* a esse correlate. Viceversa, in una più matura e olistica valutazione dell'impatto ambientale delle attività umane, di qualunque genere, è necessaria una profonda rimediazione sul compromesso necessario tra tutela della salute umana e consumo delle risorse naturali, e se al riguardo la tecnologia migliora la conservazione dei prodotti, quindi la loro durata e commestibilità senza pregiudizio per la salute, è questa la direzione che, all'evidenza, i decisori politici prima, e quindi i legislatori, debbono prendere.

⁹ Stiamo parlando, per intenderci, di due argomenti molto celebrati anche a livello mediatico, quali l'obbligo di pagare gli imballaggi in plastica monouso, al fine di "internalizzare" i costi ambientali da essi generati (cfr. la direttiva (UE) 2015/720 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2015, che modifica la direttiva 94/62/CE per quanto riguarda la riduzione dell'utilizzo di borse di plastica in materiale leggero, recepita nel nostro ordinamento con l. 3 agosto 2017, n. 123), ovvero il divieto, a breve applicabile, di realizzare i bastoncini netta-orecchie con materiale plastico (v. la brochure *A European Strategy for Plastics in a Circular Economy*, ec.europa.eu/environment/circular-economy/pdf/plastics-strategy-brochure.pdf, nonché i riferimenti alle successive note 16 e 17).

4. Con uno sguardo di più lungo periodo, il pacchetto di misure recentemente adottato impone, inoltre, specifici obiettivi ai singoli Stati membri relativi alla gestione ed al flusso dei rifiuti. Gli Stati sono infatti tenuti a riciclare almeno il 55% dei rifiuti urbani entro il 2025 (con l'obiettivo di salire al 60% entro il 2030 ed al 65% entro il 2035), il 65% dei rifiuti di imballaggi entro il 2025 (70% entro il 2030), con obiettivi diversificati per materiale, ed a ridurre, quindi, in ultimo, il ruolo dello smaltimento in discarica (entro il 2035, al massimo il 10% del totale dei rifiuti urbani potrà finire in discarica).

Onde garantire con più facilità il raggiungimento di simili obiettivi di medio-periodo, che sicuramente pongono importanti sfide di cambiamento sul piano dei comportamenti individuali e collettivi dei soggetti economici dell'Unione, il cambio importante di prospettiva è percepibile già nello stesso oggetto della direttiva-quadro sui rifiuti¹⁰, che introduce in modo esplicito il concetto di economia circolare nella disciplina normativa. Nel testo precedente si leggeva, infatti: “la presente direttiva stabilisce misure volte a proteggere l'ambiente e la salute umana prevenendo o riducendo gli impatti negativi della produzione e della gestione dei rifiuti, riducendo gli impatti complessivi dell'uso delle risorse e migliorandone l'efficacia”; per contro, il testo attuale recita come segue: “la presente direttiva stabilisce misure volte a proteggere l'ambiente e la salute umana evitando o riducendo la produzione di rifiuti, gli effetti negativi della produzione e della gestione dei rifiuti, riducendo gli effetti generali dell'uso delle risorse e migliorandone l'efficienza, che costituiscono elementi fondamentali per il passaggio a un'economia circolare e per assicurare la competitività a lungo termine dell'Unione”¹¹.

La direttiva dispone, inoltre, nuovi obiettivi di preparazione per il riuso e riciclaggio di rifiuti urbani fissati per il 2025 e il 2030, salve deroghe per sette Stati membri già in strutturale ritardo sulla materia, ai quali la novella della direttiva garantisce più tempo per mettersi a norma. Per completezza, nonostante le numerose procedure di infrazione subite in materia¹², l'Italia non compare tra gli Stati membri beneficiari di deroghe, e quindi è opportuno che i nostri decisori ad ogni livello agiscano quanto prima per evitare ulteriori violazioni delle norme unionali.

Ancora una volta, è impensabile tuttavia raggiungere questi ambiziosi obiettivi senza una complessiva rivisitazione di molti ambiti normativi, ben ulteriori rispetto alla mera normativa ambientale. Così, gli Stati membri debbono adottare strumenti economici (es. tasse, cauzioni, incentivi, sostegno a centri per riparazione/riutilizzo dei beni) per dare effettiva attuazione alla gerarchia dei rifiuti, prevenire la loro produzione ed assicurare la raccolta differenziata dei rifiuti biologici quando “tecnicamente, ambientalmente ed economicamente praticabile”.

Come accennato, con riferimento agli strumenti di natura economica da realizzare, è importante l'attuazione della c.d. responsabilità estesa del produttore (del bene che diventerà rifiuto), *alias* REP o ERP (in inglese), prevista nelle stesse direttive oggetto del pacchetto economia circolare¹³. Essa impone ai produttori di assumersi la respon-

¹⁰ Direttiva (UE) 2018/851 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti.

¹¹ Art. 1 direttiva-quadro.

¹² Cfr. le note sentenze della Corte di giustizia del 4 marzo 2010, causa C-297/08, *Commissione c. Italia (Rifiuti in Campania I)*; del 15 ottobre 2014, causa C-323/13, *Commissione c. Italia (Malagrotta)*; del 16 luglio 2015, causa C-653/13, *Commissione c. Italia (Rifiuti in Campania II)*.

¹³ Per maggiori informazioni, con particolare riguardo al tema degli imballaggi, si rimanda a *Extended Producer Responsibility (EPR) for used Packaging, Factsheet, The European Organization for*

sabilità finanziaria e organizzativa di raccogliere e ritirare i beni usati e separarli e trattarli in funzione del loro riuso/riciclaggio. Nell'ambito delle modifiche apportate con l'adozione del nuovo pacchetto, i contributi pagati dai produttori dovranno essere inoltre modulati in funzione dei costi effettivi necessari per trattare i prodotti a fine vita.

5. Si è già osservato che il pacchetto di norme recentemente adottato modifica non solo la direttiva-quadro sui rifiuti, ma interviene anche sulle direttive settoriali. Ai fini del presente contributo, ci concentreremo soprattutto su alcune di esse, cominciando dalla citata direttiva discariche¹⁴; al riguardo, un'importante novità introdotta dalla novella consiste nell'introduzione del divieto assoluto di riversamento in discarica dei rifiuti oggetto di raccolta differenziata "a eccezione degli scarti derivanti da successive operazioni di trattamento dei rifiuti da raccolta differenziata per i quali il collocamento in discarica produca il miglior risultato ambientale". È stato, inoltre, posto un limite massimo del 10% in peso dei rifiuti urbani (salva la già citata deroga per i sette Stati in grave ritardo sugli obiettivi pregressi, cui viene concessa un'ulteriore proroga di cinque anni). Contestualmente, è stata introdotta una tendenziale esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva dei rifiuti provenienti dalle industrie estrattive (attività di prospezione, estrazione, trattamento e stoccaggio di minerali, e dallo sfruttamento delle cave), per farle rientrare nelle altre norme specifiche sul trattamento di questi materiali.

Si ha quindi una modifica non solo quantitativa, volta a ridurre progressivamente i volumi dei rifiuti conferiti in discarica, ma anche qualitativa, nel senso di rendere ancor più rigorosi i divieti, per taluni materiali, di essere comunque conferiti in discarica, con conseguente obbligo di un loro riutilizzo.

Anche qui, è agevole immaginare quali opzioni possono darsi per i legislatori degli Stati membri finalizzate a favorire il raggiungimento degli obiettivi voluti dalla novella alla direttiva discariche. Basti pensare, ad esempio, all'introduzione di legislazioni sui materiali destinati all'edilizia, nei quali venga incentivata nella massima misura possibile l'utilizzazione di materie seconde ricavate da estrazioni o demolizioni e, a monte, vengano adottate misure per stimolare la ricerca tecnologica volta a garantire la produzione di materiali secondari che abbiano le stesse qualità di quelli ottenuti con l'impiego di risorse "vergini". Al riguardo, in coerenza con quanto sopra accennato, ben possono venire in rilievo misure di carattere fiscale, incentivi al riutilizzo, sostegno agli acquisti di materiale secondario rispetto a quello primario.

Altro aspetto fondamentale, e anzi cardinale, dell'economia circolare è quello che concerne il rifiuto che, in termini di volume, rappresenta la percentuale più elevata di tutte, e cioè gli imballaggi. Così, all'interno della direttiva imballaggi¹⁵ è stato inserito un ulteriore obiettivo, quello cioè di prevedere misure intese a prevenire la produzione di rifiuti di imballaggio. A questo fine, gioca ovviamente un ruolo cruciale la parallela proposta della Commissione volta a ridurre radicalmente il consumo delle plastiche, soprattutto monouso, all'interno dell'Unione¹⁶.

Packaging and the Environment (europa-packaging.eu).

¹⁴ Direttiva 1999/31/CE del Consiglio, del 26 aprile 1999, relativa alle discariche di rifiuti.

¹⁵ Direttiva (UE) 2015/720 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2015, che modifica la direttiva 94/62/CE per quanto riguarda la riduzione dell'utilizzo di borse di plastica in materiale leggero.

¹⁶ V. la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 maggio 2018, sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente, COM(2018)340 fin.

Gli “ulteriori principi fondamentali” su cui si fonda la direttiva mirano, in estrema sintesi, a favorire il riutilizzo, riciclaggio e recupero degli imballaggi. All'uopo, vengono elevate le soglie di riciclo di diverse categorie di (rifiuti da) imballaggi e viene altresì introdotta la nozione di “imballaggio riutilizzabile”, *i.e.* un imballaggio concepito, progettato e immesso sul mercato per poter compiere, durante il suo ciclo di vita, molteplici turnazioni o rotazioni, in quanto è riempito nuovamente o riutilizzato con la stessa finalità per la quale è stato concepito. Nuovamente, in funzione del raggiungimento di finalità ambientali, non solo si chiede alla scienza e alla tecnologia, e all'industria produttrice di imballaggi di contribuire a concepire e realizzare “prodotti” nuovi che meglio servano le esigenze ambientali mantenendo la funzione per la quale essi sono stati ideati, ma possono anche essere ipotizzate altre soluzioni legislative, dirette come si diceva alla standardizzazione degli imballaggi e, a monte, dei prodotti. Infine, si può e si deve intervenire, sul piano normativo, sulla *c.d. supply chain* di un determinato prodotto, in modo da generare efficientamento nella gestione degli imballaggi, ridurre la dispersione degli stessi (ipotesi assai più frequente quando è il singolo consumatore finale a doversi dare carico della gestione dell'imballaggio), e promuoverne un riutilizzo all'interno di piattaforme distributive e logistiche che riescano a convogliare il maggior numero di imballaggi nello stesso posto al fine di un loro efficace reimpiego.

Correlativamente, e necessariamente, agli Stati membri viene imposto di adottare misure per aumentare la percentuale di imballaggi riutilizzabili, nonché sistemi per il loro riutilizzo (es. cauzione, obiettivi qualitativi o quantitativi, incentivi economici, fissazione di rapporto massimo tra imballaggi monouso e riutilizzabili).

6. Dato brevemente conto, sul piano della disciplina quadro e settoriale, dei principali interventi modificativi del pacchetto economia circolare, resta da sottolineare un ulteriore elemento di rilievo sul piano procedimentale, anch'esso frutto di una ormai trentennale esperienza dell'Unione nel settore dell'ambiente.

Segnatamente, a fronte di programmi da attuarsi lungo un periodo pluriennale, e delle difficoltà che, sul piano soprattutto della loro attuazione pratica, più che normativa, gli Stati membri spesso hanno incontrato¹⁷, il pacchetto sull'economia circolare stabilisce criteri omogenei di verifica intermedia del livello di attuazione degli obiettivi stabiliti dall'Unione, mediante un allineamento delle numerose definizioni esistenti e una disciplina uniforme dei *c.d. early warning systems* nei confronti dei medesimi. È altresì incentivata l'armonizzazione ed una maggiore chiarezza delle metodologie per calcolare i progressi verso gli obiettivi del pacchetto. All'uopo, l'obiettivo quindi non è certo quello di sanzionare gli Stati inadempienti, quanto quello di prevenire gli eventuali inadempimenti, in coerenza col principio della prevenzione, anch'esso centrale nella politica ambientale dell'Unione: talché, per citare i punti salienti del pacchetto che al riguardo rilevano, (i) vengono semplificati per renderli più agevoli e comprensibili gli obblighi di *reporting* degli Stati membri alla Commissione, (ii) vengono migliorate la qualità e l'affidabilità delle statistiche, nonché (iii) risultano accelerate le potestà della Commissione di adottare atti delegati o esecutivi ai sensi degli articoli 290-291 TFUE.

7. Come si accennava all'inizio, l'approccio “nuovo” al tema rifiuti del quale si è cercato di dar brevemente conto nei paragrafi che precedono rischia di dover

¹⁷ Cfr. ancora, per interessanti esempi, i casi citati alla nota 12.

incontrare maggiori difficoltà in Italia, dove si sconta tuttora un diffuso pregiudizio rispetto all'obsoleto concetto di "rifiuto" che per molti anni ha erroneamente pervaso la legislazione e l'applicazione, anche giurisprudenziale, delle norme rilevanti.

Ne fa fede, purtroppo, una recente sentenza del Consiglio Stato del 28 febbraio 2018, n. 1229¹⁸, sui c.d. *end of waste*, nel quale si è interpretata la relativa disposizione (art. 6) contenuta nella direttiva-quadro sui rifiuti nel senso che, qualora a livello unionale non siano stabiliti criteri di cessazione della qualifica di rifiuto, non è consentito ad autorità o amministrazioni diverse dallo Stato centrale (tra cui le Regioni), e in particolare al Ministero dell'Ambiente che al riguardo è tenuto ad adottare specifici decreti, di autorizzare caso per caso la natura di *end of waste* di un materiale.

La *ratio decidendi*, sul piano formale, risiede nella potestà normativa formale stabilita in via esclusiva allo Stato in materia ambientale, ai sensi dell'art. 117 Cost. Ma non è chi non veda come, sul piano sostanziale, la "preoccupazione" cui voleva ovviare il Consiglio di Stato è quella di impedire che, ove dovesse sfuggire allo Stato il controllo sulle autorizzazioni rilasciate alle imprese operanti nei diversi settori nei quali può essere ricavato un prodotto *end of waste*, vi sarebbe un apparente rischio di "allargare le maglie" della nozione qui in esame, con conseguente estromissione dalla categoria del rifiuto, e dalle norme che ne disciplinano la gestione e le relative responsabilità, di prodotti che... potrebbero sembrare invece rifiuti.

E ancor più implicita, ma non recondita, è l'impressione che il Consiglio di Stato abbia temuto che il rilascio di autorizzazioni caso per caso dalle amministrazioni localmente competenti potesse nascondere finalità illecite.

La conseguenza di questa pronuncia è di enorme momento, atteso che, prima di essa, moltissimi provvedimenti regionali o di città metropolitane sono stati adottati in tutta Italia nei confronti di imprese interessate, che hanno legittimamente ottenuto autorizzazioni a livello regionale o locale a produrre e commercializzare *end of waste*, quale derivato dei loro processi produttivi, e che improvvisamente rischiano di ritrovarsi con autorizzazioni ritenute non più conformi a norma, con conseguente obbligo immediato di dover gestire "rifiuti" e non *end of waste*, che sono, è bene ricordare, prodotti del tutto normali. In altri termini, la portata della sentenza è idonea a far sì che l'alternativa per le imprese interessate sia quella di smaltire risorse naturali invece di riutilizzarle, o rischiare di essere accusate di violare la normativa ambientale, con sanzioni che possono anche avere, com'è noto, natura penale.

Il tutto, si badi, ad onta di norme molto chiare contenute nell'art. 6 della direttiva-quadro sui rifiuti a proposito della definizione di *end of waste*¹⁹, e sulla con-

¹⁸ Vedila anche in www.reteambiente.it.

¹⁹ A norma dell'art. 6 della direttiva-quadro sui rifiuti, "1. Taluni rifiuti specifici cessano di essere tali (...) quando siano sottoposti a un'operazione di recupero, incluso il riciclaggio, e soddisfino criteri specifici da elaborare conformemente alle seguenti condizioni: (a) la sostanza o l'oggetto è comunemente utilizzata/o per scopi specifici; (b) esiste un mercato o una domanda per tale sostanza od oggetto; (c) la sostanza o l'oggetto soddisfa i requisiti tecnici per gli scopi specifici e rispetta la normativa e gli standard esistenti applicabili ai prodotti; e (d) l'utilizzo della sostanza o dell'oggetto non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o sulla salute umana. I criteri includono, se necessario, valori limite per le sostanze inquinanti e tengono conto di tutti i possibili effetti negativi sull'ambiente della sostanza o dell'oggetto. (...) 2. Criteri volti a definire quando un rifiuto cessa di essere tale dovrebbero essere considerati, tra gli altri, almeno per gli aggregati, i rifiuti di carta e di vetro, i metalli, i pneumatici e i rifiuti tessili. 3. I rifiuti che cessano di essere tali conformemente ai paragrafi 1 e 2 cessano di essere tali anche ai fini degli obiettivi di recupero e riciclaggio (...) quando sono soddisfatti i requisiti in materia di riciclaggio o recupero di tale legislazione. 4. Se non sono stati stabiliti criteri a livello comunitario in conformità della procedura di cui ai paragrafi

seguinte possibilità di consentire l'applicazione della norma a qualsiasi soggetto/amministrazione interessata.

La sentenza ha incontrato apparente favore da parte di apparenti “pan-ambientalisti”, perché naturalmente idonea di per sé a restringere i casi in cui una sostanza possa essere definita *end of waste* e non rifiuto, tanto più se si considera la condizione posta dal Consiglio di Stato affinché ciò avvenga (e cioè l'adozione di un decreto del Ministero dell'ambiente), scelta del tutto incompatibile con la costante evoluzione tecnologica e le innumerevoli ipotesi nelle quali nel processo produttivo di qualsiasi impresa possono essere riscontrate le ipotesi di *end of waste* indicate all'art. 6, par. 1, della direttiva-quadro sui rifiuti, come recepita dall'art. 184-ter, co. 3, d.lgs. 152/2006, senza bisogno di attendere un decreto del Ministro per applicare una norma che, per sua natura e contenuti, ha tutte le caratteristiche per poter direttamente assumere effetto diretto.

Peccato che, in tal modo, se un prodotto, invece di *end of waste*, ritorna un rifiuto, il saldo finale è quello di “sprecare” risorse naturali, sostituire queste risorse con altre (es. combustibili fossili, materie vergini, ecc.) e, in definitiva, impoverire, *i.e.* danneggiare, l'ambiente, e cioè avere un effetto esattamente contrario rispetto a quanto apparentemente si intenderebbe raggiungere.

Il tutto in un contesto nel quale lo sforzo dell'Unione, confermato dal pacchetto qui in esame, è quello di “boost recycling and cut landfilling”²⁰, mentre l'impressione, nettissima, che si ricava dalla lettura della sentenza è quella secondo cui, nel nostro Paese, si sia tuttora lontani da questa prospettiva.

A mio avviso, l'interpretazione proposta dal Consiglio di Stato non è condivisibile e si pone, tra l'altro, in contrasto con gli obiettivi imposti dalla direttiva 2008/98 in tema di ottimale sfruttamento delle risorse e di gerarchia nella prevenzione e gestione dei rifiuti. Infatti, ove i principi affermati dal Consiglio di Stato diventassero diritto vivente in Italia, l'effetto sarebbe quello di incrementare in maniera ingiustificata e rilevante i materiali classificati come rifiuti con evidente pregiudizio al raggiungimento degli obiettivi imposti dalla medesima direttiva e dai sopravvenuti principi e criteri relativi alla c.d. economia circolare.

Non solo. La sentenza del Consiglio di Stato (forse anche per la carenza di informazioni che le parti di quel giudizio hanno fornito al Giudice) omette totalmente di dar conto delle autorevoli indicazioni fornite dalla Commissione europea nelle proprie *Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste*²¹. In tali linee guida, infatti, la Commissione europea ha chiarito che gli Stati membri (nozione che comprende non solo gli organi dell'amministrazione statale ma anche ogni altra amministrazione – anche locale – competente in materia ambientale) possono definire quando un rifiuto cessa di essere tale sia tramite atti normativi riguardanti categorie di materiali, sia tramite decisioni “caso per caso” (*single-case decisions*), ovvero sia decisioni adottate in fase di rilascio del singolo provvedimento di autorizzazione: “in cases where EoW criteria have not been set at EU level (Article 6(4) WFD), Member States may decide at national level whether certain waste has ceased to be waste. This can relate to classes of materials recove-

1 e 2, gli Stati membri possono decidere, caso per caso, se un determinato rifiuto abbia cessato di essere tale tenendo conto della giurisprudenza applicabile. Essi notificano tali decisioni alla Commissione (...).”

²⁰ Così, espressamente, il Parlamento europeo (cfr. www.europarl.europa.eu).

²¹ Vedile in www.ec.europa.eu.

red from waste or to *single-case decisions*. In their decisions, Member States (this means *any level* within the Member State entrusted with the task of developing such criteria *under the national administrative structure*) are bound by, the applicable directives and must take account of CJEU case law (...). Single-case decisions do not have to be notified”²².

In ogni caso, le posizioni espresse dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 1229/2018 risultano oggi incompatibili proprio col pacchetto economia circolare di cui specificamente alla sopravvenuta direttiva 2018/851 del 30 maggio 2018. In particolare, proprio con l’obiettivo di promuovere i principi dell’economia circolare “garantendo che i rifiuti siano considerati una risorsa”, ai fini che qui rilevano la predetta direttiva ha modificato l’art. 6 della direttiva 2008/98 inserendo il citato par. 4 della disposizione, in cui, giova ribadire, si prevede espressamente che “laddove non siano stati stabiliti criteri a livello di Unione o a livello nazionale (...) gli Stati membri possono caso per caso o adottare misure appropriate al fine di verificare che determinati rifiuti abbiano cessato di essere tali (...)”.

Alla luce delle predette modifiche, non vi è, quindi, dubbio che le autorità localmente competenti (quali le Regioni e, quando delegate, le Città metropolitane) abbiano il potere – e soprattutto il dovere – in sede di rilascio e/o di modifica delle autorizzazioni ambientali di definire, in relazione al caso specifico oggetto del relativo procedimento autorizzatorio, i criteri affinché un rifiuto cessi di essere tale a seguito di un’operazione di recupero, tenendo conto delle norme superiori di diritto dell’Unione europea e della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di cessazione della qualifica di rifiuto.

Per puro scrupolo, la circostanza che il termine di recepimento della direttiva 2018/851 non sia ancora scaduto non modifica le predette conclusioni. Infatti e sotto un primo profilo, le modifiche all’art. 6 della direttiva 2008/98 sopra esaminate si limitano semplicemente a precisare quanto era già previsto dal testo originario dell’art. 6. Tanto è vero che nelle proprie *Guidance* la Commissione europea aveva già chiarito la portata applicativa dell’art. 6 nei medesimi termini ora indicati dalla direttiva 2018/851.

In ogni caso, è principio del tutto consolidato nel diritto dell’Unione europea quello secondo cui, anche prima del termine di recepimento di una direttiva, gli Stati membri sono tenuti a interpretare le proprie norme nazionali in coerenza coi suoi contenuti e in tal senso “devono astenersi dall’adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa”²³.

A fortiori, tale considerazione si impone quando le norme di una direttiva codificano principi cardine dell’ordinamento unionale, quale quello della protezione ambientale nel senso ormai declinato in maniera più efficace e moderna, quale appunto quello della c.d. economia circolare, volta a garantire “una gestione sostenibile dei materiali, per salvaguardare, tutelare e migliorare la qualità dell’ambiente, proteggere la salute umana, garantire un utilizzo accorto, efficiente e razionale delle risorse naturali”²⁴.

²² Cfr. *Guidance*, cit., p. 24 s.

²³ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 1997, causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, punto 45, nonché, tra le tante, la sentenza del 5 febbraio 2004, causa C-157/02, *Rieser Internationale Transporte*.

²⁴ Cfr. il 1° ‘considerando’ della citata direttiva 2018/851, nonché, nella giurisprudenza della Corte, i principi scolpiti nella fondamentale sentenza del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Werner Mangold*

Infine, si ricorda altresì che, fin dalla celeberrima *Fratelli Costanzo*²⁵, (i) l'obbligo di rispettare il diritto dell'Unione europea incombe non solo sull'amministrazione statale ma anche sulle pubbliche autorità alle quali siano attribuiti specifici poteri e (ii) che l'inosservanza del diritto dell'Unione da parte delle pubbliche amministrazioni comporta l'obbligo di risarcimento del danno subito dal singolo in capo all'autorità che ha posto in essere la violazione della norma di diritto UE²⁶.

Il tema sarà comunque risolto a breve dalla Corte di giustizia, investita di una questione pregiudiziale prossima a essere decisa²⁷.

8. Il pacchetto rappresenta indubbiamente lo strumento più incisivo adottato dalle istituzioni europee nella materia in esame, ma va evidenziato che ad esso si accompagna, nella visione olistica più volte sottolineata anche in questa sede, una serie di percorsi paralleli intrapresi dalla Commissione e volti a cambiare il sistema di gestione di materiali e rifiuti nel suo complesso.

Così, nel gennaio 2018 la Commissione ha varato diverse iniziative, quali: (i) la strategia europea per la plastica²⁸, il cui obiettivo è trasformare il modo con cui la plastica e i prodotti di plastica sono progettati, prodotti, usati e riciclati; (ii) una proposta di costituire nei porti europei impianti per il ritiro della plastica²⁹; (iii) una comunicazione per studiare e interfacciare i rapporti tra norme sui prodotti chimici e sui rifiuti, nell'ottica di mettere in un sistema unitario i due ambiti normativi³⁰; (iv) un quadro di monitoraggio complessivo sull'avanzamento dell'economia circolare (produzione, consumo, gestione rifiuti, nuova occupazione "verde", investimenti e innovazione; (v) un rapporto su come rendere "circolari" le (ventisette) principali materie prime usate nella UE.

Letto nell'ottica della sua portata innovatrice, il nuovo pacchetto sull'economia circolare assume un ruolo notevole non soltanto con riguardo alla gestione dei rifiuti, quanto piuttosto al modo in cui la società e i cittadini/imprese europei devono e dovranno modificare i propri stili di vita nei prossimi decenni al fine di raggiungere gli auspicati (e in realtà obbligati) livelli di tutela ambientale previsti dal TFUE e dagli impegni internazionalmente assunti dall'Unione dagli Stati membri.

Come accennato, a tale fine compito del *policy-maker* e del giurista è quello di ripensare interi settori del diritto. Occorrerà, così, modificare gran parte della legislazione sui prodotti, puntando sulla qualità degli stessi (la loro durata nel tempo

c. *Rüdiger Helm*.

²⁵ Sentenza del 22 giugno 1989, causa 103/88.

²⁶ Cfr. *ex multis* la sentenza della Corte del 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Salomone Haim*.

²⁷ Cfr. la causa C-60/18, *AS Tallinna Veski c. Keskkonnaamet*.

²⁸ Cfr. Strategia europea per la plastica nell'economia circolare, del 16 gennaio 2018, COM(2018)28 fin.

²⁹ Vedasi la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 gennaio 2018, relativa agli impianti portuali di raccolta per il conferimento dei rifiuti delle navi, che abroga la direttiva 2000/59/CE e modifica la direttiva 2009/16/CE e la direttiva 2010/65/UE, COM(2018)33 fin.

³⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 16 gennaio 2018, sull'attuazione del pacchetto sull'economia circolare: possibili soluzioni all'interazione tra la normativa in materia di sostanze chimiche, prodotti e rifiuti, COM(2018)32 fin.

e/o le condizioni alle quali diventano sotto-prodotti o rifiuti ai sensi dell'art. 5 della direttiva quadro³¹) e non sulla quantità.

Prodotti più durevoli, che devono essere garantiti per più tempo dai loro produttori, porteranno vantaggio tra l'altro non solo al consumatore, ma dal lato dell'offerta a quei sistemi economici, come il nostro, che invece negli ultimi decenni hanno sofferto proprio per la concorrenza proveniente da altri Paesi, nei quali i manufatti vengono pensati e realizzati in un'ottica di qualità e costo inferiori, e quindi sostituibilità più rapida.

L'economia circolare imporrà altresì di far rivivere “vecchi” mestieri, come quelli volti alla riparazione dei prodotti danneggiati, anch'essi da tempo rimpiazzati da una non sostenibile logica di sostituzione del prodotto difettoso o danneggiato con un prodotto nuovo. E nuovamente, questo approccio avrà tanto più successo quanto più il legislatore favorirà il recupero di vecchie “conoscenze”, tradizionalmente presenti nella nostra società che da sempre eccelle nel “saper fare”, rivitalizzando in tal modo interi comparti che una globalizzazione non sostenibile aveva messo progressivamente da parte.

Insomma, quanto sopra dimostra come la tutela ambientale non può realizzarsi se non mediante un contributo che non può essere settoriale, ed è invece totalizzante, riguardando il nostro quotidiano e l'intera società nella quale viviamo.

Abstract

Circular Economy and the New EU Regime on Waste

The paper examines the modifications to the existing EU rules on waste in light of the new approach based on the so-called circular economy. This approach finally codifies, at the legislative level, the need to think differently about waste, which is no longer to be considered as something “bad” or “dirty”, but a natural resource to be used for the sake of environmental protection. This implies a revolutionary approach not only on waste, but on all legislation concerning any product “from cradle to grave”. Legal scholars are required to interpret relevant legislation in this sense, and conceive new legislation with a view to enhancing all aspects of the circular economy, from design and manufacturing of products to their durability. This will also modify the rules that have so far guided the consumeristic society, in order to achieve that only the slightest fraction of natural resources daily consumed by humankind is finally treated as waste. The author compares this approach with some recent Italian cases where the traditional view advocating a broad definition of waste is still – but wrongly – prevailing, and fosters a change of mind of courts, interpreters and public administrators in light with the new “legislative era” arising out of the newly adopted EU legislation.

³¹ V. direttiva quadro sui rifiuti, art. 5, par. 1: “Una sostanza od oggetto derivante da un processo di produzione il cui scopo primario non è la produzione di tale articolo può non essere considerato rifiuto ai sensi dell'articolo 3, punto 1, bensì sottoprodotto soltanto se sono soddisfatte le seguenti condizioni: a) è certo che la sostanza o l'oggetto sarà ulteriormente utilizzata/o; b) la sostanza o l'oggetto può essere utilizzata/o direttamente senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale; c) la sostanza o l'oggetto è prodotta/o come parte integrante di un processo di produzione e d) l'ulteriore utilizzo è legale, ossia la sostanza o l'oggetto soddisfa, per l'utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell'ambiente e non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o la salute umana”.

Pia Acconci*

L'inclusione del “right to regulate” negli accordi internazionali in materia di investimenti. Considerazioni in margine alla posizione dell'Unione europea**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'inclusione nei trattati internazionali in materia di investimenti di clausole di salvaguardia del “right to regulate” quale reazione all'incidenza sull'esercizio della sovranità normativa ad opera dello Stato ospite a) delle clausole pattizie sul trattamento giusto ed equo. – 3. *Segue*: b) delle clausole pattizie sull'arbitrato diretto. – 4. Il “right to regulate” negli accordi internazionali in materia di investimenti dell'Unione europea. – 5. Conclusioni.

1. Il panorama dei rapporti transnazionali aventi per oggetto gli investimenti si è arricchito per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009. L'Unione europea è diventata competente in materia di investimenti diretti nel quadro della politica commerciale comune e ha firmato diversi accordi internazionali applicabili a tale materia. Questi accordi *post*-Lisbona sono volti, in linea di tendenza, al libero scambio e includono un capitolo in materia di investimenti la cui struttura trae spunto da quella tipica dei numerosi accordi bilaterali in vigore in siffatta materia.

Tali accordi internazionali dell'Unione europea sono importanti perché firmati in un momento storico in cui si assiste alla riviviscenza sul piano internazionale del dibattito relativo all'appropriatezza dell'impostazione del diritto applicabile al trattamento degli investimenti stranieri, in particolare del bilanciamento di interessi da esso operato.

Questo dibattito è sorto quando il settore degli investimenti ha assunto una rilevanza specifica nel quadro del diritto internazionale. Ciò si è verificato a partire dal periodo successivo al processo di decolonizzazione, allorché il gruppo degli Stati di nuova indipendenza cominciò a porre in discussione le norme internazionali sul trattamento degli investimenti di persone fisiche e giuridiche in Stati diversi da quelli di origine. Tale gruppo di Stati rappresentava, nella maggioranza dei casi, Stati ospiti

* Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Teramo.

** Il presente contributo è aggiornato al 15 novembre 2018.

di investimenti privati provenienti da Stati già esistenti, per lo più ex potenze coloniali. Ad avviso di questi ultimi, le norme sul trattamento degli investimenti erano applicabili anche agli Stati di nuova indipendenza sorti dalla decolonizzazione in quanto di diritto internazionale generale, tese alla protezione piena degli interessi dell'investitore straniero e ammettevano l'internazionalizzazione dell'eventuale controversia tra un investitore straniero e uno Stato attraverso l'esercizio della protezione diplomatica ad opera dello Stato nazionale dell'investitore. Nel quadro delle richieste per un nuovo ordine economico internazionale, gli Stati sorti dalla decolonizzazione escludevano l'applicazione del diritto internazionale ai rapporti tra investitore straniero e Stato ospite, sostenendo l'opportunità dell'applicazione delle leggi nazionali di tale Stato improntate alla tutela di interessi pubblici, specialmente della sovranità sulle risorse naturali. Eventuali controversie tra uno Stato ospite e un investitore straniero avrebbero dovuto, inoltre, risolversi esclusivamente mediante il ricorso ai tribunali nazionali dello Stato in lite.

La contrapposizione tra questi gruppi di Stati aventi un livello di sviluppo economico diverso si è svolta in seno all'Assemblea generale delle Nazioni Unite¹ e ad alcuni organismi operanti nel medesimo sistema, come l'*United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD). Anche l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), in quanto organizzazione internazionale che a quel tempo rappresentava esclusivamente gli interessi degli Stati economicamente avanzati, ha funzionato quale foro di discussione ed elaborazione di proposte volte a mitigare tale contrapposizione tra gruppi di Stati. Questa portava, in effetti, a un peggioramento del clima internazionale in materia di investimenti e quindi delle aspettative degli investitori. Tale peggioramento non avvantaggiava né gli Stati economicamente avanzati, né quelli di nuova formazione sorti dalla decolonizzazione giacché questi ultimi dipendevano dall'importazione di capitali e capacità tecnica, per la promozione del proprio sviluppo e il raggiungimento di un'indipendenza effettiva. L'esigenza della ricerca di soluzioni di bilanciamento ha favorito la conclusione di accordi internazionali applicabili agli investimenti e la diffusione dell'arbitrato amministrato dall'*International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID) del Gruppo della Banca mondiale per la soluzione delle controversie tra uno Stato ospite e un investitore straniero.

Più specificamente, al fine di migliorare il clima internazionale in materia di investimenti, Stati comunemente esportatori e Stati comunemente importatori di capitali privati, attraverso l'ammissione di investimenti stranieri, hanno concluso accordi bilaterali per la promozione e protezione di investimenti posti in essere dagli investitori di uno degli Stati contraenti nel territorio dell'altro Stato contraente. Questi accordi si caratterizzano per una struttura tipica composta, in linea di principio, di disposizioni relative alla definizione rilevante di investitore e investimento, agli standard di trattamento applicabili, alla determinazione dei requisiti di liceità di un'espropriazione, o qualunque altro atto di ablazione, a danno dell'investitore e alla soluzione di eventuali controversie tra uno degli Stati contraenti e un investitore riconducibile all'altro Stato contraente mediante arbitrato diretto. Oggi sono in

¹ Rilevano soprattutto la risoluzione 1803 del 1962 relativa alla sovranità permanente sulle risorse naturali, quelle 3201 e 3281 del 1974 relative rispettivamente alla proclamazione del Nuovo ordine economico internazionale e alla Carta dei diritti e doveri degli Stati.

vigore migliaia di accordi bilaterali per la promozione e protezione di investimenti (noti come BITs quale abbreviazione della loro denominazione in lingua inglese, *bilateral investment treaties*). Il numero significativo di tali accordi mostra che essi sono stati ritenuti dagli Stati una risposta adeguata all'esigenza di bilanciare, sul piano internazionale, i conflitti di interesse tra Stati aventi un livello di sviluppo economico diverso. Di recente, si è consolidata altresì, ai medesimi scopi, la prassi degli accordi conclusi tra più Stati appartenenti alla stessa area geopolitica. Questi sono denominati regionali o "megaregionali", allorché i territori e le popolazioni rientranti nel loro ambito di applicazione siano vasti. Sono ricompresi in quest'ultima categoria il *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) firmato tra l'Unione europea e il Canada dapprima il 1° agosto 2014 e poi il 29 febbraio 2016 e il *Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership Agreement* (TTIP) oggetto di cicli di negoziato tra l'Unione europea e gli Stati Uniti nel corso dell'Amministrazione Obama.

Tutti questi accordi rappresentano, in linea di principio, uno strumento di realizzazione del "right to protect" degli Stati nazionali di investitori privati all'estero.

A seguito dell'estensione dell'ambito di applicazione dei suddetti accordi, l'incidenza delle norme pattizie internazionali in materia di investimenti sull'esercizio della sovranità normativa delle parti contraenti è divenuta anch'essa un aspetto specifico del dibattito.

Le organizzazioni internazionali tuttora interessate alla ricerca di soluzioni, nella misura del possibile, bilanciate, ossia l'UNCTAD e l'OCSE², nonché l'Organizzazione mondiale del commercio³, e una parte della dottrina⁴ sottolineano che la rivitalizzazione del dibattito attualmente in atto concerne oggi, tra l'altro, il

² Si vedano, in particolare, UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, Geneva, 2012, pp. 5, 11-15 e 46; Id., *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, Geneva, 2017, specialmente pp. 18 e 21 dove è affermato, relativamente al "right to regulate", che "[e]ach country has the sovereign right to establish entry and operational conditions for foreign investment, subject to international commitments, in the interest of the public good and to minimize potential negative effects"; OECD, *Policy Framework for Investment*, Paris, 2015, pp. 16, 20, 30.

³ Nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), su iniziativa di settanta suoi Membri, sono state avviate discussioni per l'istituzione di un "Multilateral Framework on Investment Facilitation" per promuovere un'inversione di tendenza dei flussi di investimento all'estero attualmente in calo. Si veda, in particolare, il *Joint Ministerial Statement on Investment Facilitation for Development* adottato il 13 dicembre 2017 nel corso della *Ministerial Conference* della medesima Organizzazione tenutasi a Buenos Aires (WT/MIN(17)/59). Oltre all'Unione Europea, i Membri dell'OMC sostenitori sono stati Argentina, Australia, Benin, Brasile, Cambogia, Canada, Cile, Cina, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Giappone, Guatemala, Guinea, Honduras, Hong Kong, Kazakistan, Kuwait, Kirghizistan, Liberia, Macao, Cina, Malesia, Messico, Moldavia, Montenegro, Myanmar, Nuova Zelanda, Nicaragua, Nigeria, Pakistan, Panama, Paraguay, Qatar, Repubblica Democratica del Laos, Repubblica di Corea, Russia, Singapore, Svizzera, Tajikistan, Togo e Uruguay.

⁴ Per tutti, si segnalano B. STERN, *The Future of International Investment Law: A Balance between the Protection of Investors and the States' Capacity to Regulate*, in J.E. ALVAREZ, K.P. SAUVANT (eds.), *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, Oxford, 2011, p. 174 ss.; C. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden Baden, 2014; L.W. MOUYAL, *International Investment Law and the Right to Regulate*, Abingdon-on-Thames, 2016; D. GAUKRODGER, *The Balance between Investor Protection and the Right to Regulate in Investment Treaties*, OECD Working Papers on International Investment, 2017/02; K.J. VANDEVELDE, *IIA Provisions, Properly Interpreted, Are Fully Consistent with a Robust Regulatory State*, FDI Perspective No. 216, gennaio 2018 (<http://ccsi.columbia.edu/publications/columbia-fdi-perspectives/>).

conflitto, a volte evidente, a volte solo potenziale, tra “right to protect” dello Stato di origine dell’investitore e “right to regulate” dello Stato ospite.

Quest’articolo delinea le ragioni per le quali una clausola sul “right to regulate” della parte contraente ospite di investimenti effettuati da investitori riconducibili all’altra parte contraente si trova in diversi accordi internazionali in materia di investimenti recenti, particolarmente in molti di quelli dell’Unione europea. Esso propone altresì alcune riflessioni sull’approccio seguito dall’Unione europea nell’esercizio della sua competenza relativa agli investimenti diretti alla luce di alcune tendenze della prassi applicativa di accordi siffatti e di talune proposte di revisione della loro struttura tipica.

2. L’esigenza dell’inclusione di disposizioni relative al “right to regulate” nei trattati internazionali in materia di investimenti scaturisce dagli effetti sull’esercizio della sovranità normativa dello Stato ospite prodotti dall’attuazione di alcune clausole contemplate, in linea di tendenza, nei medesimi trattati. Si tratta delle clausole sul trattamento giusto ed equo e di quelle sul ricorso all’arbitrato diretto.

Una parte della dottrina ha evidenziato la conflittualità latente dello standard di trattamento giusto ed equo. C’è chi ha sottolineato che esso sarebbe “perhaps the most-discussed and debated in modern foreign investment law”⁵ ovvero chi l’ha definito “a sleeping beauty for about fifty years tucked away in a number of documents but (...) rarely, if ever, kissed awake”⁶. Conflitti di interesse sono sorti dall’applicazione di questo standard per il fatto che i trattati internazionali in materia di investimenti non indicano in maniera univoca quale significato debba essere a esso attribuito⁷. Il Trattato bilaterale in materia di investimenti tra la Cina e il Qatar del 1999 è un esempio di siffatta tendenza, là dove esso dispone, all’art. 3.1, che “investments (...) of investors of either Contracting Party shall be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy protection in the territory of the other Contracting Party”. L’art. 5 dell’accordo bilaterale in materia di investimenti tra Cina e Uzbekistan del 1992 precisa, d’altra parte, che “1. [e]ach Contracting Party shall ensure to accord to investors of the other Contracting Party and associated investments in its territory fair and equitable treatment and full protection and security. 2. ‘[f]air and equitable treatment’ requires that investors of one Contracting Party shall not be willfully rejected to fairly judicial proceedings by the other Contracting Party or be treated with obvious discriminatory or arbitrary measures [...]”. Altri trattati riconducono tale trattamento a un presunto standard minimo di trattamento di diritto internazionale generale favorevole alla tutela degli interessi dell’investitore straniero, come sostenuto in passato dal gruppo degli Stati economi-

⁵ R. KINSELLA, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*, Oxford, 2005, p. 212.

⁶ C. SCHREUER, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2005, p. 357 ss.

⁷ La letteratura sullo studio, alla luce della prassi, dello standard di trattamento “fair and equitable” è estesa. Si vedano, tra gli altri, R. KLÄGER, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge, 2011; P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Alphen aan den Rijn, 2013; M. VALENTI, *The Protection of General Interests of Host States in the Application of the Fair and Equitable Treatment Standard*, in G. SACERDOTI, P. ACCONCI, M. VALENTI, A. DE LUCA (eds.), *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge, 2014, p. 26 ss. F.M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, Heidelberg, 2018.

camente avanzati per lo più ex potenze coloniali. Rilevano, per esempio, gli articoli 5 del Trattato istitutivo della *North America Free Trade Area* (NAFTA) del 1993 e 5, par. 2 (a), del *Model BIT* degli Stati Uniti del 2012. Questi includono una clausola sul trattamento giusto ed equo secondo cui "1. [e]ach Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment" e specificano che "2. [t]he obligation in paragraph 1 to provide: (a) 'fair and equitable treatment' includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world"⁸.

La mancata univocità dei trattati ha portato alla nascita di una prassi arbitrale specifica sull'interpretazione e applicazione delle clausole convenzionali relative al trattamento giusto ed equo. Ai fini della presente indagine rileva che numerosi tribunali arbitrali istituiti in conformità con accordi internazionali in materia di investimenti abbiano preso in considerazione, e talvolta accolto, la pretesa di un investitore straniero ricorrente di tutelare, sulla base di una clausola siffatta, aspettative di trattamento fondate sulla stabilità e prevedibilità del quadro normativo nazionale dello Stato ospite convenuto. È così che tali tribunali si sono pronunciati sulla presunta illiceità di mutamenti della legislazione interna dello Stato ospite suscettibili di pregiudicare un investimento straniero quand'anche questi mutamenti fossero volti al perseguimento di obiettivi ritenuti dal suddetto Stato legittimi in quanto volti alla salvaguardia di un interesse pubblico. Mutamenti siffatti sono stati contestati da investitori privati alla stregua di "regulatory takings" compatibili col trattato internazionale in materia di investimenti applicabile solo se seguiti dal pagamento di un indennizzo calcolato secondo quanto previsto nel medesimo trattato.

Vengono in rilievo, in particolare, alcuni casi contro Stati ospiti economicamente avanzati, quali Stati Uniti, Australia e Canada. Gli Stati Uniti sono stati convenuti davanti a tribunali arbitrali istituiti conformemente a trattati internazionali in materia di investimenti a seguito di modifiche introdotte nel quadro del proprio ordinamento interno per la tutela dell'ambiente⁹ o delle tradizioni culturali di minoranze indigene¹⁰. Entrambe queste sentenze si fondano sul Trattato NAFTA. I tribunali hanno deciso a favore degli Stati convenuti poiché hanno escluso che i mutamenti delle loro legislazioni nazionali tesi alla tutela dell'ambiente e della salute violassero i loro obblighi pattizi di trattare in maniera giusta ed equa investitori riconducibili a un altro Stato contraente. Anche il Canada è stato convenuto davanti a tribunali istituiti sulla base del Trattato NAFTA per modifiche di normative nazionali volte alla tutela dell'ambiente e della salute. Merita segnalare il caso *Chemtura v. Canada* nel quale il tribunale competente ha concluso che la normativa canadese controversa fosse ammissibile in quanto "a valid exercise of the Respondent's police powers"¹¹. La tutela della salute è inoltre all'origine di due controversie sorte su istanza della

⁸ Per una critica alla presunta coincidenza tra il trattamento giusto ed equo e quello minimo del diritto internazionale generale, si segnala C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 359-364. Cfr. M. PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, 2014.

⁹ Rileva il caso *Methanex Corp. v. The United States*, NAFTA/UNCITRAL Arbitration, *Final Award on Jurisdiction and Merits* del 3 agosto 2005.

¹⁰ Si veda il caso *Glamis Gold Ltd. v. The United States*, NAFTA/UNCITRAL Arbitration, *Award* dell'8 giugno 2009.

¹¹ NAFTA/UNCITRAL/PCA Arbitration, *Award* del 2 agosto 2010, par. 266.

Philip Morris rispettivamente contro l'Uruguay e l'Australia a seguito dell'introduzione di normative nazionali volte a eliminare dai pacchetti di sigarette loghi accattivanti e sostituirli vuoi con immagini e scritte impressionanti sui danni derivanti dal consumo di tabacco vuoi con il c.d. "plain packaging". Queste normative sono state giustificate dall'Uruguay e dall'Australia in quanto non discriminatorie e volte alla tutela della salute pubblica in attuazione della Convenzione quadro dell'Organizzazione mondiale della sanità sul controllo del tabacco del 2003¹². Entrambi i tribunali competenti hanno rigettato i ricorsi della *Philip Morris*. Il tribunale UNCITRAL competente a risolvere il caso contro l'Australia ha negato la propria "jurisdiction" senza attribuire in proposito rilevanza specifica alla tutela della salute¹³. Il tribunale ICSID competente a risolvere il caso contro l'Uruguay ha deciso che i provvedimenti normativi interni controversi adottati da tale Stato fossero legittimi, alla luce del trattato bilaterale alla base della propria competenza, in quanto non discriminatori, in buona fede e proporzionati all'obiettivo perseguito, nonché "not 'arbitrary and unnecessary' but rather (...) potentially 'effective means to protecting public health'", come affermato sia dall'Organizzazione mondiale della sanità sia dalla *Pan American Health Organization* (PAHO) nelle rispettive memorie presentate nel corso del procedimento come *amici curiae*¹⁴. Quest'ultimo tribunale ha precisato altresì che i provvedimenti normativi interni costituissero "a valid exercise by Uruguay of its police powers for the protection of public health"¹⁵. Neanche l'arbitro Gary Born, nella propria opinione concorrente e dissidente, ha posto in discussione la sovranità normativa dell'Uruguay "to regulate in the interests of public health and safety in the future". Egli sottolinea che la sentenza resa dal tribunale "makes clear that Uruguay possesses broad and unquestioned sovereign powers to protect the health of its population, both in the context of tobacco regulation and otherwise" e che "[n]othing in the BIT prevents Uruguay from exercising these powers"¹⁶.

Pure Stati emergenti sono stati convenuti davanti a tribunali arbitrali per controversie di tal genere. L'Argentina risulta essere lo Stato ospite con più ricorsi davanti a tribunali arbitrali su domanda di investitori stranieri a seguito dell'adozione nel 2001, durante una situazione di crisi finanziaria grave, di leggi di emergenza relative, tra l'altro, alla gestione di alcuni servizi di utilità pubblica¹⁷. Il suddetto Stato

¹² *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, *Uruguay's Memorial on Jurisdiction* del 24 settembre 2011, specialmente paragrafi 13-19, 130-133, 149-152, 171; e *Philip Morris Asia Ltd. v. Australia*, UNCITRAL/PCA Case No. 2012 – 12, *Australia's Response to the Notice of Arbitration* del 21 dicembre 2011, in particolare i paragrafi 16-17.

¹³ *Philip Morris Asia Ltd. v. Australia*, UNCITRAL/PCA Case No. 2012 – 12, *Award on Jurisdiction and Admissibility* del 17 dicembre 2015.

¹⁴ *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, *Award* dell'8 luglio 2016, par. 306.

¹⁵ *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, *Award* dell'8 luglio 2016, par. 307.

¹⁶ Si vedano, specialmente, i paragrafi 90 e 197 dell'opinione dissidente del 28 giugno 2016.

¹⁷ Si veda L. MOLA, *International Investment Arbitration and Serious Economic Crises: Lessons Learned in the Argentinean Crisis of 2000-2001*, in A. TANZI et al. (eds.), *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects/Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problemas y Perspectivas*, Leiden, 2016, p. 370 ss.

ha sostenuto più volte che i mutamenti delle circostanze di realizzazione degli investimenti stranieri nel proprio territorio derivanti da tali leggi fossero giustificati in virtù del proprio "right to regulate". Al riguardo, si segnala il caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., and Vivendi Universal S.A. v. Argentina*¹⁸. La pretesa dell'Argentina di giustificare tali mutamenti normativi in virtù dell'esigenza di tutela di interessi di carattere sociale in una situazione di emergenza nazionale non è stata in linea di principio presa in considerazione dai tribunali arbitrali competenti.

A seguito del dibattito suscitato dai possibili effetti pregiudizievoli sull'esercizio della sovranità normativa di uno Stato ospite dei casi arbitrali sorti tra uno Stato ospite e un investitore straniero per l'interpretazione e applicazione di clausole pattizie sul trattamento giusto ed equo di carattere generico, alcuni Stati e l'Unione europea hanno incluso di recente clausole più dettagliate nei rispettivi trattati internazionali in materia di investimento.

Alcuni trattati internazionali firmati dall'Unione europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona includono una definizione del trattamento giusto ed equo che combina gli elementi emersi nella prassi arbitrale come tendenzialmente costitutivi di un trattamento siffatto. Rileva l'art. 9.4, par. 2, del capitolo in materia di investimenti dell'accordo internazionale di libero scambio firmato il 17 ottobre 2014 tra l'Unione europea e Singapore. Secondo quest'articolo, "[t]o comply with the obligation to accord fair and equitable treatment set out in paragraph 1, neither Party shall adopt measures that constitute: (a) denial of justice in criminal, civil and administrative proceedings; (b) a fundamental breach of due process; (c) manifestly arbitrary conduct; (d) harassment, coercion, abuse of power or similar bad faith conduct; or (e) a breach of the legitimate expectations of a covered investor arising from specific or unambiguous representations from a Party so as to induce the investment and which are reasonably relied upon by the covered investor".

Questo genere di definizioni mira a istituire un bilanciamento degli interessi potenzialmente contrapposti dello Stato ospite e dell'investitore straniero grazie all'instaurazione tra loro di rapporti improntati al rispetto di principi quali "due process", "buona fede", "judicial review" e tutela del legittimo affidamento.¹⁹ Altri principi, come ragionevolezza, proporzionalità, equità e lealtà, potrebbero assumere rilevanza al fine di un bilanciamento siffatto secondo le circostanze del caso di specie.

Merita evidenziare, inoltre, che il dibattito suscitato dall'attuazione della clausola sul trattamento giusto ed equo verte ancora una volta sulla determinazione delle circostanze in cui sorge l'obbligo dell'indennizzo per espropriazione. La differenza

¹⁸ ICSID Case No. ARB/03/19, *Decision on Liability* del 30 luglio 2010, paragrafi 139, 236-237. Si segnalano, tra gli altri, F. MARRELLA, *On the Changing Structure of International Investment Law: the Human Right to Water and ICSID Arbitration*, in *International Community Law Review*, 2010, specialmente pp. 349-354; A. TANZI, *On Balancing Foreign Investment Interests with Public Interests in Recent Arbitration Case Law in the Public Utilities Sector*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2012, specialmente pp. 52-53.

¹⁹ L'art. 5 del *Model BIT* adottato dalla *Southern African Development Community* (SADC) nel 2012 è un altro dato di prassi significativo in proposito. Stati membri della SADC sono: Angola, Botswana, Comoros, Repubblica Democratica del Congo, Eswatini, Lesoto, Madagascar, Malawi, Mauritius, Mozambico, Namibia, Seychelles, Sud Africa, Tanzania, Zambia, Zimbabwe.

principale rispetto alla contrapposizione degli anni sessanta e settanta è che oggi il problema si pone in relazione all'applicazione e interpretazione di accordi internazionali in materia di investimento, anziché di pretese norme del diritto internazionale generale.²⁰ Un'altra differenza consiste nel fatto che le controversie sorgono a seguito di modifiche dell'ordinamento interno dello Stato ospite dovute all'esigenza di tutela di un interesse pubblico che è riconducibile non tanto alla gestione economica vantaggiosa di risorse naturali nazionali, quanto alla tutela di un interesse non economico di carattere generale, come ambiente, salute pubblica ovvero prerogative di minoranze indigene. In dottrina c'è chi ha approfondito la portata del riferimento alla c.d. "police powers doctrine" ad opera di alcuni tribunali arbitrali per capire se potrebbe esser ipotizzata una tendenza rilevante a livello del diritto internazionale generale²¹. È condivisibile l'opinione di chi ritiene che quest'ipotesi debba essere esclusa, data la sporadicità dei dati di prassi espressamente significativi con riguardo alla posizione sia di Stati sia di tribunali arbitrali istituiti sulla base di trattati internazionali²². Merita segnalare, a ogni buon conto, che nell'*Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area* si trova una disposizione rilevante a favore dell'opinione secondo cui l'esercizio di "police powers" ad opera di una parte contraente ospite non potrebbe dar vita a un'espropriazione, alla luce del diritto internazionale consuetudinario²³.

L'inclusione del "right to regulate" negli accordi internazionali in materia di investimenti appare essere l'espedito giuridico in grado di mitigare la contrapposizione tra Stati portatori di interessi divergenti poiché eviterebbe che una modifica dell'ordinamento dello Stato ospite originata da motivi di interesse pubblico possa essere qualificata alla stregua di un'espropriazione indiretta, ossia un "regulatory taking", con conseguente obbligo del pagamento dell'indennizzo, come dovuto altrimenti sulla base dei suddetti accordi. L'indennizzo non sarebbe dovuto nell'e-

²⁰ Nella sentenza del 1° ottobre 2018 nel caso *Bolivia c. Cile (Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean)* la Corte internazionale di giustizia ha escluso l'esistenza dell'obbligo di diritto internazionale generale di tutela delle legittime aspettative di una parte in lite, nel caso di specie, la Bolivia, in virtù della prassi dei tribunali arbitrali in materia di investimento (rileva in particolare il par. 162 della sentenza).

²¹ Si segnala, tra gli altri, J.E. VIÑUALES, *Sovereignty in Foreign Investment Law*, in Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN, J.E. VIÑUALES (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford, 2014, p. 317 ss.

²² Si vedano, tra gli altri, P. RANJAN, P. ANAND, *Determination of Indirect Expropriation and Doctrine of Police Power in International Investment Law: A Critical Appraisal*, in L. CHOUKROUNE (ed.), *Judging the State in International Trade and Investment Law: Sovereignty*, Heidelberg, 2016, p. 127 ss.; G. ZARRA, *Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay*, in *Revista de Direito Internacional, Brasília*, 2017, p. 94 ss.; C. TITI, *Police Powers Doctrine and International Investment Law*, in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Law*, Leiden, 2018, specialmente pp. 340-343.

²³ Rileva l'art. 20, par. 8, secondo cui "[c]onsistent with the right of states to regulate and the customary international law principles on police powers, bona fide regulatory measures taken by a Member State that are designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, shall not constitute an indirect expropriation under this Article". COMESA è l'acronimo di *Common Market for Eastern and Southern Africa* istituito tra diciannove Stati dell'Africa, in particolare tra Burundi, Comoros, la Repubblica Democratica del Congo, Gibuti, Egitto, Eritrea, Etiopia, Kenia, Libia, Madagascar, Malawi, Mauritius, Ruanda, Seychelles, Sudan, Swaziland, Uganda, Zambia e Zimbabwe.

ventualità di un'ablazione originata dall'esercizio del "right to regulate" ad opera della parte contraente. Prova ne è quanto previsto nell'art. 13 *bis* dell'accordo tra l'Unione europea e il Vietnam firmato il 1° febbraio 2016 secondo cui "1. [t]he Parties reaffirm the right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity. 2. For greater certainty, the provisions of this section shall not be interpreted as a commitment from a Party that it will not change the legal and regulatory framework, including in a manner that may negatively affect the operation of covered investments or the investor's expectations of profits".

Disposizioni simili sul "right to regulate" si trovano già in alcuni BITs conclusi dal Canada negli anni novanta del secolo scorso, al fine della salvaguardia del "regulatory space" degli Stati contraenti per la tutela dell'ambiente²⁴ e nel *Model BIT* adottato dal suddetto Stato nel 2004, là dove questo prevede che "[e]xcept in rare circumstances, nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to achieve legitimate public welfare objectives, such as the protection of public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations".

Una disposizione analoga è prevista, tra l'altro, nel capitolo sugli investimenti dell'Accordo di libero scambio tra gli Stati Uniti e l'Australia del 2004²⁵ e nel testo finale dell'Accordo *Trans-Pacific Partnership* (TPP) del 2015 tra Australia, Brunei, Canada, Cile, Malesia, Messico, Nuova Zelanda, Perù, Singapore e Vietnam²⁶.

3. Poiché il dibattito relativo all'incidenza delle clausole sul trattamento giusto ed equo degli accordi internazionali in materia di investimento sull'esercizio della sovranità normativa di uno degli Stati contraenti è sorto a seguito di procedimenti contenziosi davanti a tribunali arbitrali costituiti in virtù delle clausole di arbitrato diretto incluse nei medesimi accordi, merita svolgere alcune considerazioni in proposito. Tali clausole tendono a specificare quale arbitrato possa essere scelto, ossia quello attivabile nel quadro dell'ICSID o della Camera di commercio internazionale (CCI) o secondo le regole di arbitrato della *Commission on International Trade Law* delle Nazioni Unite (UNCITRAL). L'ICSID è un'organizzazione internazionale appartenente al Gruppo della Banca mondiale che è stata istituita dalla Convenzione di Washington conclusa nel 1965. L'ICSID è nata con lo scopo specifico di organizzare e istituire commissioni di conciliazione o tribunali arbitrali *ad hoc* per la soluzione di controversie che, sul piano del diritto internazionale, appaiono asimmetriche in quanto le parti in conflitto sono uno Stato e un privato riconducibile a un altro Stato.

²⁴ Rilevano, tra gli altri, l'art. XVII (2) dei BITs conclusi dal Canada rispettivamente con Barbados ed Egitto nel 1996 e Armenia nel 1997.

²⁵ *Annex 11-B*. L'art. 23, par. 1, del Trattato bilaterale in materia di investimenti tra Nigeria e Marocco del 2016 è un altro dato di prassi significativo. Secondo il par. 2 del medesimo articolo, "[e]xcept where the rights of Host State are expressly stated as an exception to the obligation of this Agreement, a Host State's pursuit of its rights to regulate shall be understood as embodied within a balance of the rights and obligations of Investors and Investments and Host States, as set out in the Agreement".

²⁶ *Annex 9-B*. Anche gli Stati Uniti erano tra gli Stati firmatari del TPP nel 2015. Il Presidente Trump ha revocato tale impegno all'inizio del proprio mandato con l'*Executive Order* del 23 gennaio 2017.

Lo svolgimento dell'arbitrato ICSID è "autosufficiente" rispetto agli ordinamenti statali²⁷. Qualora le parti in lite abbiano in precedenza prestato il proprio consenso all'arbitrato ICSID e, al momento della controversia, non si mettano d'accordo per una sua soluzione amichevole, il Segretario generale dell'ICSID, su istanza di una di esse, può autonomamente costituire il tribunale arbitrale, determinare le norme applicabili al merito, nonché istituire un secondo grado di giudizio, se la parte soccombente sceglie di impugnare la sentenza resa dal tribunale arbitrale ICSID, conformemente con l'art. 52 della Convenzione di Washington istitutiva dell'ICSID. Giova osservare che tale arbitrato, benché autonomo, non è, tuttavia, indipendente dagli ordinamenti degli Stati membri dell'ICSID. Una sentenza ICSID è, in effetti, di per sé direttamente esecutiva a livello di tali ordinamenti a norma dell'art. 54 della medesima Convenzione. Essa può essere tuttavia eseguita in maniera forzata solo attraverso l'apparato coercitivo dello Stato dove sono situati i beni dello Stato ospite soccombente davanti a un tribunale arbitrale ICSID. Quest'eventualità potrebbe verificarsi se lo Stato ospite soccombente non esegua la sentenza ICSID invocando la propria immunità dall'esecuzione quand'anche i beni suscettibili di essere oggetto dell'azione di esecuzione forzata si trovino nel territorio di uno Stato terzo. A norma dell'art. 55 della Convenzione ICSID, infatti "[n]othing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution"²⁸. Siffatta circostanza è suscettibile di per sé di riaccendere il conflitto di interessi originario tra le parti in lite e di provocare altresì l'internazionalizzazione della controversia sottoposta all'arbitrato ICSID, qualora lo Stato nazionale dell'investitore ricorrente decida di agire in sua protezione diplomatica.

L'obiettivo della Convenzione di Washington è la prevenzione dell'internazionalizzazione eventuale della controversia tra uno Stato ospite e un investitore straniero e quindi la depoliticizzazione del clima internazionale in materia di investimenti. Il perseguimento di siffatto obiettivo favorisce la certezza giuridica e la fiducia reciproca tra Stati esportatori e quelli importatori di capitali e flussi di investimento stabili e continui, giacché l'internazionalizzazione della controversia tra uno Stato ospite e un investitore straniero, attraverso l'esercizio eventuale della protezione diplomatica ad opera dello Stato nazionale di quest'ultimo, potrebbe pregiudicare gli interessi tanto degli Stati coinvolti quanto dell'investitore. Tale obiettivo emerge chiaro dalla Convenzione di Washington il cui art. 27 pone allo Stato membro nazionale dell'investitore l'obbligo di non agire in protezione diplomatica contro lo Stato membro parte alla controversia, fintantoché quest'ultimo rispetti la competenza di un tribunale arbitrale ICSID e ne esegua l'eventuale sentenza a proprio sfavore. Al medesimo fine della depoliticizzazione della controversia tra uno Stato ospite e un investitore straniero, alcuni trattati internazionali in materia di investimenti prevedono una clausola con un testo simile all'art. 27 della

²⁷ Per tutti, F. LATTANZI, *L'impugnativa per nullità dell'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 1989, p. 11.

²⁸ Per la ricostruzione della portata delle norme della Convenzione ICSID, si segnala, per tutti: C. SCHREUER *et al.*, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge, 2009, II ed.

Convenzione di Washington in relazione al ricorso, in alternativa all'ICSID, all'arbitrato CCI o UNCITRAL²⁹.

Vale la pena segnalare altresì che le clausole arbitrali dei trattati internazionali in materia di investimenti tendono ad attribuire il potere d'azione di attivare un tribunale arbitrale solo al privato investitore. Questo è uno dei motivi principali per i quali il ricorso all'arbitrato diretto, in particolare a quello ICSID, è divenuto oggetto di dibattito, ad opera soprattutto di una parte della dottrina francese. Essendo cominciato negli anni novanta del secolo scorso, questo dibattito ha preceduto peraltro di gran lunga quello più recente originato dall'inclusione di una clausola di arbitrato diretto nella bozza di capitolo sugli investimenti del TTIP tra Unione europea e Stati Uniti.

La posizione critica della dottrina francese menzionata scaturisce dall'idea secondo cui l'attribuzione, talvolta in via esclusiva, del potere di azione all'investitore privato implichi che la clausola arbitrale pattizia risulti come una sorta di offerta "in bianco" dell'arbitrato all'investitore da parte dello Stato ospite, senza alcun sacrificio da parte dell'investitore medesimo. Per questa ragione, il suddetto fenomeno è denominato "arbitration without privity"³⁰. Relativamente all'arbitrato ICSID, questo risultato non appare pienamente in linea con la Convenzione di Washington, là dove il suo art. 25 si riferisce al consenso per iscritto tanto dello Stato ospite quanto dell'investitore nazionale di un altro Stato contraente quale presupposto della competenza di un tribunale arbitrale. Sulla base delle clausole arbitrali inserite nei trattati internazionali in materia di investimento, l'investitore presta invece il proprio consenso solo allorché scelga di attivare l'ICSID, chiedendo l'istituzione di un tribunale arbitrale per la soluzione della controversia con lo Stato ospite il cui consenso è disponibile *ex ante* nella clausola arbitrale pattizia. In un quadro siffatto, l'investitore diventa, in linea di principio, protagonista del procedimento arbitrale, mentre lo Stato ospite si trova vincolato dal consenso espresso nella clausola arbitrale stipulata *ex-ante* quand'anche la controversia sorga a seguito dell'adozione di un atto normativo interno volto alla tutela di un interesse pubblico riconducibile alla soddisfazione di un bisogno primario della popolazione.

Quest'asimmetria nella prestazione del consenso all'arbitrato è stata acuita nella prassi dal fatto che le clausole previste quali correttivi delle regole sulla tutela degli interessi privati degli investitori, allo scopo di bilanciare tali interessi con quelli pubblici dello Stato ospite, sono state interpretate e applicate talvolta anch'esse secondo la logica favorevole all'investitore – fondata sul "right to protect" dello Stato nazionale – cui i trattati internazionali in materia di investimento si ispirano. Prova ne è la rilevanza specifica attribuita da taluni tribunali arbitrali – costituiti sulla base di accordi internazionali in materia di investimenti – all'esigenza della salvaguardia delle aspettative degli investitori stranieri nell'accertamento dell'illi-

²⁹ Si veda, per esempio, l'art. 34, par. 8, del *Model BIT* statunitense del 2012.

³⁰ Si segnalano, in particolare, J. PAULSSON, *Arbitration without Privity*, in *ICSID Review*, 1995, p. 232 ss.; G. BURDEAU, *Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États*, in *Revue de l'arbitrage*, 1995, p. 3 ss.; E. GAILLARD, *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*, in *Revue de l'arbitrage*, 2003, p. 853 ss.; e N. GARA, *Les nouveaux instruments du consentement a l'arbitrage CIRDI*, in F. HORCHANI (sous la direction de), *Où va le droit de l'investissement*, Paris, 2006, p. 45 ss.

ceità della condotta dello Stato ospite convenuto sulla base di una clausola pattizia sul trattamento giusto ed equo³¹.

Al fine di mitigare il contrasto sull'appropriatezza della diffusione del ricorso all'arbitrato diretto, la Commissione dell'Unione europea ha proposto il 21 marzo 2016 agli Stati Uniti di prevedere nel capitolo sugli investimenti del TTIP l'istituzione di una corte permanente in materia di investimenti³². Pare utile segnalare che una proposta analoga è in discussione nel quadro dell'Unione delle Nazioni Sudamericane (UNASUR secondo l'acronimo spagnolo) istituita nel 2008 tra Argentina, Bolivia, Brasile, Cile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perù, Suriname, Uruguay e Venezuela. Dal 29 al 31 marzo 2016 si è tenuto il *XIV Meeting of the High-Level Expert's Working Group on the Resolution of Investment Disputes* a Montevideo, al fine di accelerare l'istituzione di un centro regionale per l'America Latina sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti tra uno Stato e un investitore privato straniero³³. Anche l'UNCITRAL, il 10 luglio 2017, ha manifestato l'intento di estendere, su iniziativa di alcuni suoi membri tra cui l'Unione europea e i suoi Stati membri, il mandato del suo *Working Group III* per lo studio delle possibili forme di multilateralizzazione della soluzione delle controversie in materia di investimenti tra uno Stato e un investitore privato straniero³⁴.

4. Come osservato, l'Unione europea è diventata uno degli attori protagonisti del diritto internazionale avente per oggetto le attività di investimento da quando ha acquisito la competenza in materia di investimenti diretti all'estero a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Essa ha firmato e sta negoziando alcuni trattati in materia di commercio internazionale che includono un capitolo sugli investimenti redatto secondo un approccio teso a un rinnovamento delle regole sul

³¹ Rilevano, tra gli altri, i casi *Waste Management v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award del 30 aprile 2004, par. 98; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award del 17 marzo 2006, par. 302; ed *El Paso Energy International Co. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award del 31 ottobre 2011, par. 348.

³² Proposta reperibile nel sito *web* dell'Unione europea.

³³ Si segnalano, in particolare, R.P. LAZO, *Beyond ICSID Arbitration: The Center for Settlement of Investment Disputes of UNASUR*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy 2014-2015*, 2016, p. 375 ss.; M.G. SARMIENTO, *The UNASUR Centre for the Settlement of Investment Disputes and Venezuela. Will Both Ever See the Light at the End of the Tunnel?*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2016, p. 658 ss. Per ulteriori informazioni sui negoziati si veda il sito *web* www.iisd.org/itn/2016/08/10/unasur-centre-for-the-settlement-of-investment-disputes-comments-on-the-draft-constitutive-agreement-katia-fach-gomez-catharine-titi/. Merita precisare che, a seguito soprattutto delle difficoltà sociopolitiche di uno dei suoi principali Stati ispiratori, il Venezuela, la portata dell'UNASUR si è indebolita nel corso del 2018. Prova ne è il fatto che il 27 agosto 2018 la Colombia abbia annunciato il proprio ritiro da siffatta Unione.

³⁴ Nel sito *web* dell'UNCITRAL, www.uncitral.org, possono consultarsi, in particolare, le Note del Segretariato del 20 aprile 2017 intitolate "Possible Future Work in the Field of Dispute Settlement: Reforms of Investor-State Dispute Settlement (ISDS)"; il comunicato stampa emesso dall'*UN Information Service* il 14 luglio 2017 nel corso della cinquantesima sessione dell'UNCITRAL tenutasi dal 3 al 21 luglio 2017; e la nota presentata dall'Unione europea, nel corso della preparazione della trentacinquesima sessione del *Working Group III*, intitolata "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS)", A/CN.9/WG.III/WP.145 del 12 dicembre 2017. In questa nota l'Unione europea illustra le ragioni a favore dell'istituzione di un meccanismo permanente di soluzione delle controversie in materia di investimenti. La natura pubblicistica degli interessi statali in gioco risulta essere una di queste ragioni (si segnalano, in particolare, i paragrafi 5 e 6 della suddetta nota).

piano tanto sostanziale quanto procedurale con riguardo alla soluzione delle controversie tra Stato e investitore. Queste regole sono proposte dalla Commissione come regole suscettibili di revisione, quand'anche siano state inserite in un trattato negoziato in modo definitivo, al fine di tener conto degli sviluppi nel contesto politico e sociale internazionale. Prova ne è la revisione del CETA col Canada, il cui testo era stato firmato già nel 2014 ed è stato modificato nel 2016 alla luce dell'approccio nuovo in tema di soluzione delle controversie tra Stato e investitore elaborato dalla Commissione nel quadro dei negoziati del TTIP con gli Stati Uniti per l'istituzione di una corte permanente in materia di investimenti³⁵.

L'orientamento a tratti innovativo della Commissione nella negoziazione dei trattati relativi al commercio internazionale *post-Lisbona* è significativo perché appare propizio a una revisione di alcune categorie del diritto internazionale in materia di investimenti in un momento storico in cui l'appropriatezza dell'impostazione di tale diritto è di nuovo motivo di contrapposizione tra Stati. Particolarmente significativa è la scelta effettuata dalla Commissione a favore dell'inclusione del "right to regulate" quale clausola ricorrente dei suddetti trattati.

Già il testo del CETA firmato nel 2014 è il risultato di questa scelta. Anch'esso, come numerosi accordi conclusi dal Canada in materia di investimenti, esclude infatti l'applicazione delle disposizioni in materia di espropriazione, in particolare l'obbligo dell'indennizzo, qualora una parte contraente adotti un provvedimento interno con effetto ablativo di investimenti di nazionali dell'altra parte contraente per la tutela di un interesse pubblico riconducibile al "public welfare", quali salute, sicurezza tecnica in termini di qualità delle merci ("safety") e ambiente. In conformità con l'orientamento seguito dal Canada nella stipulazione dei suoi BITs, il CETA prevede poi che "[f]or greater certainty, except in the rare circumstance where the impact of the measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, nondiscriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations"³⁶. La rilevanza del "right to regulate" nel CETA emerge peraltro già nel preambolo là dove si legge "[r]ecognizing that the provisions of this Agreement preserve the right to regulate within their territories and resolving to preserve their flexibility to achieve legitimate policy objectives, such as public health, safety, environment, public morals and the promotion and protection of cultural diversity".

Disposizioni rilevanti si trovano altresì in altri trattati firmati dall'Unione europea, tra cui, nel *Free Trade Area Agreement* tra Unione europea, suoi Stati membri e Corea del sud del 2010³⁷; nell'*Economic Partnership Agreement* tra Stati CARIFORUM, Comunità europee e suoi Stati membri del 2008³⁸; e nel *Trade Agreement* tra Unione europea, suoi Stati membri, Colombia e Perù del 2012³⁹.

La proposta di capitolo sugli investimenti fatta dalla Commissione agli Stati Uniti il 12 novembre 2015, nel quadro dei negoziati del TTIP, prevede all'art. 2

³⁵ Si veda la *Section 3* della proposta di capitolo sugli investimenti fatta dalla Commissione agli Stati Uniti il 12 novembre 2015 reperibile nel sito *web* dell'Unione europea.

³⁶ *Annex X.11* relativo all'espropriazione.

³⁷ Si vedano il preambolo, gli articoli 7.1 (4) e 13.3.

³⁸ Rilevano gli articoli 60 (4) e 184.

³⁹ Si vedano specialmente gli articoli 107 (5) e 268.

numerose disposizioni sul “right to regulate”. Merita menzionare il testo del par. 1 secondo cui “[t]he provisions of this section shall not affect the right of the Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity”.

Gli obiettivi di politica interna suscettibili di legittimare atti normativi statali sono eterogenei ed elencati a titolo esemplificativo.

La medesima proposta della Commissione, nell’allegato in materia di espropriazione, include una disposizione che ha una portata sì analoga a quella citata in precedenza prevista nel *Model BIT* canadese del 2004, ma un testo più articolato relativamente ai motivi di interesse pubblico idonei a escludere che un atto normativo non discriminatorio di una delle parti contraenti possa essere qualificato come espropriazione indiretta. Tali motivi sono: “the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity”⁴⁰.

Giova segnalare poi che l’orientamento favorevole dell’Unione europea all’affermazione del “right to regulate” della parte contraente ospite emergeva già dal rapporto sulla “Future European International Investment Policy” adottato dal Comitato sul commercio internazionale del Parlamento europeo il 22 marzo 2011. Questo “calls on the Commission to include in all future agreements specific clauses laying down” la salvaguardia del “right to regulate”⁴¹. Il Parlamento europeo ha sottolineato più volte l’esigenza di riconciliare la protezione degli investimenti, da un lato, e la garanzia del “right to regulate”, dall’altro⁴². Al “right to regulate” si riferisce altresì lo *Statement of the European Union and the United States on Shared Principles for International Investment* pubblicato il 10 aprile 2012. I *Principles* sono stati negoziati dal commissario al commercio dell’Unione europea nel quadro del *Transatlantic Economic Council*. Nel loro preambolo è evidenziato che “[w]e believe that governments can fully implement these principles while still preserving the authority to adopt and maintain measures necessary to regulate in the public interest to pursue certain public policies”.

5. Il dibattito sulla determinazione delle regole internazionali in materia di investimenti – sorto sul piano tanto interstatale quanto dottrinale dagli anni sessanta e settanta del novecento – si è rivitalizzato negli anni più recenti. Una delle ragioni è la circostanza che tribunali arbitrali istituiti in virtù di trattati internazionali in materia di investimento si siano pronunciati e possano pronunciarsi sulla ammissibilità di modifiche dell’ordinamento interno di uno Stato giustificate da un interesse pubblico. Un risultato importante di tale dibattito concerne i tentativi di alcuni Stati economicamente avanzati, quali il Canada e gli Stati Uniti, ovvero emergenti, come l’India, di rivedere la struttura tipica dei rispettivi accordi internazionali in materia

⁴⁰ Si segnala il par. 3 dell’*Annex I*.

⁴¹ Par. 25.

⁴² Rilevano, tra le altre, le risoluzioni del Parlamento europeo 2010/2203, 6 aprile 2011, specialmente paragrafi 15, 17, 23, 26-30; 2013/2558(RSP), 23 maggio 2013, specialmente par. 16; e 2014/2228(INI), specialmente paragrafi xiii-xiv.

di investimento attraverso l'inserimento di eccezioni e/o clausole di salvaguardia della tutela di alcuni interessi non economici.

Salute, condizioni di lavoro e diritti sociali, ambiente, conservazione, uso e gestione delle risorse naturali sono gli interessi maggiormente presi in considerazione perché riconducibili al perseguimento dello sviluppo sostenibile quale obiettivo di macrosistema implicante l'attuazione di forme di buon governo fondate su "rule of law", prevedibilità e democraticità in termini di partecipazione e disponibilità di meccanismi appropriati di "judicial review".

L'UNCTAD e l'OCSE stanno lavorando per la revisione del quadro giuridico e politico internazionale in materia di investimenti pubblicando studi e rapporti, nonché organizzando *workshops*, gruppi di lavoro, conferenze tra i rappresentanti degli Stati membri e di altri attori internazionali interessati, come alcuni organismi regionali, per esempio CARIFORUM, COMESA e SADC, e settoriali, come il Segretariato dell'*Energy Charter Treaty*.

L'incidenza eventualmente negativa dell'arbitrato diretto, quale mezzo di soluzione delle controversie tra Stato e investitore, sull'esercizio della sovranità normativa statale, volto al perseguimento di interessi generali di carattere pubblicistico, è una delle questioni più dibattute, come denotano le attività di studio e proposta poste in essere dalla Commissione dell'Unione europea e dall'UNCITRAL per realizzare una sua eventuale riforma.

Una parte della dottrina internazionalistica concorda sull'opportunità di una revisione del quadro giuridico e politico internazionale in materia di investimenti⁴³.

Alcuni autori, d'altra parte, propongono la revisione, o meglio il rinnovamento, dell'approccio internazionalistico alla materia sulla base di principi e categorie del diritto pubblico e amministrativo comparato transnazionale quali trasparenza, proporzionalità e legittimità democratica. Questa dottrina evidenzia, infatti, l'inadeguatezza per la disciplina della realizzazione di investimenti all'estero delle categorie tradizionali del diritto internazionale incentrate sulla sovranità statale e sui rapporti tra Stati⁴⁴.

Vi è infine il contributo di gruppi privati, come alcune organizzazioni non governative quali *Greenpeace International*, teso a sensibilizzare l'opinione pubblica mondiale e, in definitiva, i cittadini in relazione ai limiti alla sovranità normativa dello Stato ospite derivanti dai trattati internazionali in materia di investimento, in particolare dalle loro clausole sulla soluzione delle controversie tra Stato e investitore⁴⁵.

⁴³ Si vedano, fra gli altri, Å. ROMSON, *Environmental Policy Space and International Investment Law*, Stockholm, 2012; N. BUTLER, *Possible Improvements to the Framework of International Investment Arbitration*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2013, p. 613 ss., specialmente p. 624 ss.; A. VAN AACKEN, *Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development*, *ivi*, 2014, p. 827 ss., specialmente pp. 858-861; K. NOWROT, *How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law*, *ivi*, p. 612 ss., specialmente pp. 622, 644; A. ASTERITI, *Environmental Law in Investment Arbitration: Procedural Means of Incorporation*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2015, p. 248 ss., specialmente pp. 271-273.

⁴⁴ In proposito, si vedano, per tutti, G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2007, p. 45 ss.; S.W. SCHILL (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, 2010.

⁴⁵ Cfr. www.greenpeace.org/archive-international/en.

L'inclusione del "right to regulate" nei trattati internazionali in materia di investimenti per la tutela di alcuni interessi pubblici è una novità tesa alla soddisfazione dell'esigenza di salvaguardia, sul piano convenzionale internazionale, della sovranità normativa statale. Questa novità vorrebbe essere una risposta al problema di sapere quando l'obbligo dell'indennizzo rientri o meno tra i requisiti di liceità delle espropriazioni indirette alla luce del diritto internazionale in materia di investimenti.

Il risultato della revisione del quadro giuridico e politico di tale settore del diritto internazionale, al fine di conciliare interessi pubblici e privati e quindi "right to regulate" e "right to protect", potrebbe essere raggiunto in maniera migliore mediante un approccio multilaterale, volto in particolare alla conclusione di un trattato multilaterale ispirato al principio di integrazione, ossia alla disciplina sistematica nel suddetto quadro dei diversi profili dello sviluppo sostenibile. Per la salvaguardia dell'ambiente e della salute quali obiettivi strumentali dello sviluppo sostenibile, questo risultato sarebbe preferibile alla revisione degli accordi internazionali in materia di investimento attraverso l'introduzione di eccezioni, deroghe e/o "caveat"⁴⁶.

Dall'eventuale nuovo orientamento delle regole internazionali, meglio se raggiunto attraverso uno strumento giuridico unitario a partecipazione ampia quale un trattato multilaterale, potrebbe derivare una riduzione del numero di controversie tra Stato ospite e investitore straniero giacché siffatto strumento potrebbe avere la funzione di mitigare la diversificazione delle soluzioni normative incluse nei trattati internazionali in vigore, tanto bilaterali quanto regionali, e prevenire dunque conflitti di interesse.

La negoziazione di un trattato del genere sarebbe complessa. Le modalità seguite dalle istituzioni europee, specialmente dalla Commissione, nell'esercizio della competenza in materia di investimenti diretti attribuita all'Unione europea dal Trattato di Lisbona evidenziano il contributo che esse appaiono intenzionate a dare alla gestione di tale complessità⁴⁷. La Commissione ha dimostrato, in particolare, di voler essere protagonista del rinnovamento del quadro normativo internazionale applicabile mediante la salvaguardia e valorizzazione dei diversi interessi e attori in gioco. La Commissione ha firmato o sta negoziando accordi relativi al commercio internazionale applicabili anche al settore degli investimenti con parti contraenti eterogenee. Dalla prassi di tali accordi emerge la sua propensione al multilateralismo, o quanto meno al plurilateralismo, quale approccio per la redazione di norme

⁴⁶ Per approfondimenti, P. ACCONCI, *The Integration of Non-investment Concerns as an Opportunity for the Modernization of International Investment Law: Is a Multilateral Approach Desirable?*, in G. SACERDOTI, P. ACCONCI, M. VALENTI, A. DE LUCA (eds.), *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge, 2014, p. 165 ss.

⁴⁷ L'approccio favorevole al multilateralismo dell'Unione europea – in questo momento storico caratterizzato dalla propensione all'unilateralismo degli Stati Uniti – emerge altresì nel quadro del diritto del commercio internazionale amministrato dall'Organizzazione mondiale del commercio. Sul punto, si segnalano G. SACERDOTI, *Multilateralismo in crisi? L'Organizzazione mondiale del commercio di fronte alla sfida di Trump*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 385 ss., specialmente p. 395. Per la dottrina italiana, si veda altresì C. DI TURI, *La strategia commerciale dell'Unione europea tra "regionalismo economico" e multilateralismo: quale ruolo per gli accordi di libero scambio di nuova generazione?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 81 ss., specialmente pp. 100-101. Più in generale, già P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, specialmente pp. 499-505, 526-532.

internazionali in siffatto settore. Gli sforzi compiuti per contemperare le critiche dei negoziati del TTIP e l'agenda di lavoro precedentemente concordata con gli Stati Uniti evidenziano, inoltre, la propensione della Commissione a favorire la partecipazione di attori eterogenei – pubblici e privati – e quindi la cooperazione tra i diversi *stakeholders* secondo la logica olistica sottostante la concettualizzazione dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile che si è affermata nel corso di decenni sul piano internazionale, europeo e nazionale.

Tuttavia, merita osservare che, nel quadro di diversi trattati in materia di commercio internazionale firmati dall'Unione europea, come il Trattato con la Corea del Sud del 2010 e quello CETA, ovvero sospesi, come il TTIP, si trovano disposizioni innovative in relazione all'incidenza sull'esercizio della sovranità normativa statale delle norme pattizie in materia di rapporti economici tanto nel capitolo sugli investimenti, qual è il "right to regulate", quanto in altri capitoli con riguardo alla cooperazione nel campo normativo (nella lingua inglese, "international regulatory cooperation"). Malgrado i contenuti eterogenei, le disposizioni relative a questo tipo di cooperazione perseguono scopi analoghi consistenti nella prevenzione dei conflitti tra norme e tecniche in materia di commercio internazionale, attraverso meccanismi di coordinamento, sincronizzazione e allineamento, nella logica della coerenza tra gli ordinamenti normativi considerati⁴⁸. Se e quando tali disposizioni pattizie entreranno in vigore, l'esercizio della sovranità normativa di uno Stato contraente sarà limitato e destinato a realizzarsi secondo modalità improntate per lo più al diritto amministrativo e concordate *ex-ante*. Questa è la ragione per la quale nella proposta del 21 marzo 2016 relativa al capitolo sulla cooperazione nel campo normativo del TTIP⁴⁹ la Commissione ha incluso il riferimento a interessi pubblici specifici quali limiti all'attuazione della medesima cooperazione. Tali interessi coincidono, in linea di principio, con quelli salvaguardati dall'introduzione di clausole sul "right to regulate". L'intento della Commissione appare volto a conciliare quindi le disposizioni sulla cooperazione nel campo normativo e quelle sul "right to regulate". Quest'intento ridimensionerebbe la portata innovativa della salvaguardia del "right to regulate" nei trattati internazionali in materia di investimenti che includono altresì disposizioni sulla cooperazione nel campo normativo. Tale salvaguardia sarebbe destinata ad operare quale mera eccezione.

⁴⁸ Relativamente alla cooperazione nel campo normativo, cfr. P. ACCONCI, *La cooperazione nel campo normativo negli accordi in materia di commercio internazionale dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 1071 ss.

⁴⁹ La proposta del 21 marzo 2016 relativa al capitolo sulla cooperazione nel campo normativo del TTIP è consultabile nel sito *web* dell'Unione europea.

Abstract

The Reference to the ‘Right to Regulate’ in International Investment Treaties. The Position of the European Union

A number of States have revised their approach to the negotiation of international investment treaties, by including references and/or specific clauses on the safeguard of their regulatory capacity in relation to commonly-recognized public interests, such as the environment and public health. Such a revision aims at avoiding that, during the life of a foreign investment, a change in a host State’s domestic law in public interest might bring about a claim by a foreign investor before an international treaty-based arbitral tribunal.

This article focuses on the position taken by the European Union in its *post*-Lisbon Treaty international trade agreements including an investment chapter.

Giulia D'Agnone*

Recenti modifiche legislative in tema di aiuti di Stato tra centralizzazione dei controlli sulle notifiche e decentralizzazione delle procedure di recupero**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il capo VIII della legge n. 234 del 2012 in materia di aiuti di Stato. – 3. La “Modernizzazione degli aiuti di Stato dell’UE”. – 4. Recenti modifiche legislative e regolamentari. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Come è noto, la l. 24 dicembre 2012, n. 234, ha introdotto nel nostro ordinamento una nuova disciplina sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea¹. Tale legge “rappresenta il coronamento di un percorso normativo che, iniziato nel 1987 con la creazione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri del Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie, ha mirato a dotare l’Italia di un sistema strutturato di partecipazione all’Unione europea (Ue) e di gestione dei rapporti con le sue istituzioni”². Infatti, la l. n. 234/2012 sostituisce integralmente la precedente

* Assegnista di ricerca in Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi “Magna Graecia” di Catanzaro.

** Il presente contributo costituisce sviluppo e approfondimento dell’intervento alla Tavola rotonda “Le Regioni e l’Unione europea”, svoltasi all’Università degli studi “Magna Graecia” di Catanzaro il 15 marzo 2018.

¹ Legge 24 dicembre 2012, n. 234, contenente “Norme generali sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea”.

² R. ADAM, D. CAPUANO, A. ESPOSITO, A. CIAFFI, C. ODONE, M. RICCIARDELLI, *L’attuazione della legge n. 234 del 24 dicembre 2012. Norme, prassi, risultati, dal livello statale a quello regionale*, in *Istituzioni del Federalismo - Numero speciale*, 2015, p. 9. Per ulteriori commenti alla legge, tanto generali quanto relativi a specifici profili di novità, v. P. CARETTI, *La legge n. 234/2012 che disciplina la partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea: un traguardo o ancora una tappa intermedia?*, in *Le Regioni*, 2012, p. 837 ss.; M. DRAGANI, *La legge 24 dicembre 2012, n. 234: analogie e differenze con la legge Buttiglione*, *ivi*, 2013, p. 905 ss.; A. ESPOSITO, *La legge 24 dicembre 2012, n. 234, sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’UE. Parte I – Prime riflessioni sul ruolo delle Camere*, in *Federalismi.it*, 23 gennaio 2013, www.federalismi.it; C. FAVILLI, *Ancora una riforma delle*

l. 4 febbraio 2005, n. 11, più nota come legge Buttiglione³ (la quale, a sua volta, riformava la precedente legge La Pergola⁴), introducendo una riforma organica delle norme che regolano la partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa europea, anche in ragione delle rilevanti modifiche avvenute sul piano europeo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Tra le novità di maggior rilievo introdotte dalla legge del 2012 vi è senza dubbio la previsione di un *corpus* di norme sugli "Aiuti di Stato", al quale è dedicato un intero capo, l'ottavo (articoli 44-52). Viene, dunque, prevista per la prima volta, nel nostro ordinamento, una disciplina organica della materia, volta a risolvere le principali problematiche che il Paese ha dovuto affrontare in tale ambito, soprattutto per quanto riguarda gli aiuti in caso di calamità naturali, la notifica di misure agevolative configurabili come aiuti di Stato e il recupero di aiuti illegali o utilizzati in maniera abusiva.

Pertanto, nonostante prima dell'adozione della l. n. 234/2012 non fossero estranee al nostro ordinamento norme sull'attuazione della disciplina europea volte a escludere o limitare misure agevolative selettive in violazione del principio di

norme sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione delle politiche dell'Unione europea, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 701 ss.; C. GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in *Penale contemporaneo*, 2013, www.penalecontemporaneo.it; I. INGRAVALLO, *Recenti sviluppi in tema di partecipazione regionale alla fase ascendente del diritto europeo*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, p. 857 ss.; Id., *La partecipazione delle regioni e delle province autonome italiane alla formazione del diritto europeo dopo la l. 234/2012*, in L. GAROFALO (a cura di), *I poteri esteri delle regioni*, Napoli, 2013, p. 39 ss.; E. LONGO, *Le nuove norme sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea: la legge 24 dicembre 2012, n. 234*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, www.osservatoriosullefonti.it; G. PICCIRILLI, *Il ricorso alla legge per l'esercizio dei poteri "europei" da parte del Parlamento italiano. Spunti per una lettura costituzionalmente orientata*, *ivi*; M. SAVINO, *L'attuazione della normativa europea*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, p. 470 ss.; L. BARTOLUCCI, *"Legge di delegazione europea" e "Legge europea": obiettivi e risultati di una prima volta*, in *Amministrazione in cammino*, 24 maggio 2014, www.amministrazioneincammino.it; C. GAETA, *Gli elementi di novità per le Regioni nella legge n. 234 del 2012*, in *Sud in Europa*, 2014, www.sudineuropa.net; C. PENNACCHIETTI, *L'attuazione del diritto europeo da parte delle regioni e delle province autonome dopo la legge n. 234 del 2012*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2014, www.osservatoriosullefonti.it; L. COSTATO, L.S. ROSSI, P. BORGHI (a cura di), *Commentario alla legge 24.12.2012 n. 234 "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea"*, Napoli, 2015; F. PATERNITI, *La partecipazione delle Regioni alla formazione delle norme e alle procedure dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea nel guado tra la riforma legislativa del 2012 e la auspicabile revisione dell'architettura istituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, 2015, n. 8, www.federalismi.it; F. SCUTO, *L'evoluzione del rapporto Parlamento-Governo nella formazione e nell'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 20 marzo 2015, www.rivistaaic.it; E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015, p. 141 ss., spec. p. 172 ss.; G. MORGESE, *La partecipazione degli enti territoriali italiani ai processi decisionali dell'Unione Europea*, in E. TRIGGIANI, A.M. NICO, M.G. NACCI (a cura di), *Unione europea e governi territoriali: risorse, vincoli e controlli*, Bari, 2018, p. 91 ss. La dottrina che si è occupata più specificamente degli aiuti di Stato sarà citata, ove più opportuno, nel resto della trattazione.

³ Legge 4 febbraio 2005, n. 11, recante "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari".

⁴ Legge 9 marzo 1989, n. 86, contenente "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari". Occorre ricordare che tale legge disciplinava principalmente la fase discendente della partecipazione italiana al processo di integrazione europea.

neutralità dell'intervento pubblico nel mercato interno, nondimeno tale legge ha conferito sistematicità alla materia introducendo, peraltro, rilevanti profili di novità.

Il presente contributo non intende, tuttavia, essere un commento alla disciplina degli aiuti di Stato introdotta dalla l. n. 234/2012, benché ad essa, ovviamente, sarà dedicata una breve ricognizione per porre in rilievo i profili di maggiore novità previsti da tale legge (par. 2)⁵. Piuttosto, l'articolo si focalizzerà sulle modifiche apportate alle disposizioni della l. n. 234/2012 in materia di aiuti di Stato dalle più recenti novelle legislative e regolamentari, passate sostanzialmente inosservate, e tuttavia profondamente incisive sulla disciplina precedente. Tali novità sono state, infatti, introdotte negli ultimi anni al fine di adeguare la legge e l'assetto istituzionale alla mutata disciplina in materia di aiuti intrapresa sul piano europeo a partire dal 2012, nonché agli impegni assunti dal nostro Governo con la Commissione mediante la sottoscrizione, nel 2016, del *Common Understanding on Strengthening the Institutional Setup for State Aid Control in Italy*⁶. Tale disamina sarà funzionale all'analisi delle modifiche introdotte più di recente alla l. n. 234/2012 e alla valutazione degli effetti di tali modifiche sull'organizzazione e sugli adempimenti delle amministrazioni, soprattutto quelle regionali, comunali e degli enti territoriali coinvolti nella concessione di misure agevolative a favore di imprese.

A tal fine, l'analisi verrà svolta secondo una duplice prospettiva: dapprima quella europea, mettendo in luce le sostanziali novità introdotte in materia di aiuti di Stato da parte della Commissione a far data dal 2012 (par. 3); successivamente, quella interna, evidenziando le modifiche apportate alla l. n. 234 per rendere operative nel nostro ordinamento le novità deliberate sul piano europeo, nonché gli impegni assunti con la Commissione al fine di migliorare la capacità di *compliance* e *governance* italiana in materia di aiuti (par. 4). Tale disamina sarà funzionale allo svolgimento di alcune considerazioni sugli effetti giuridici di tali modifiche, con particolare riguardo all'impatto delle stesse sulle amministrazioni regionali e degli enti locali (par. 5).

2. Come già accennato, sono numerosi i profili di novità introdotti dalla l. n. 234/2012 riguardo alla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea; in tale contributo ci si limiterà, tuttavia, a mettere in evidenza quelli di maggior rilievo in tema di aiuti di Stato⁷.

⁵ V. in generale, S. FIORENTINO, D. GOTTUSO, *La riforma della l. 234/2012 con riferimento agli aiuti di Stato*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico di diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 715 ss.; G. GOGLIA, *Aiuti di Stato, la disciplina Ue entra nelle norme nazionali – 1*, in *Fisco Oggi*, 26 febbraio 2013, www.fiscooggi.it; ID., *Aiuti di Stato, la disciplina Ue entra nelle norme nazionali – 2*, *ivi*, 28 febbraio 2013; ID., *Aiuti di Stato, la disciplina Ue entra nelle norme nazionali – 3*, *ivi*, 5 marzo 2013. Si vedano anche: E. BERTAZZO, *Art. 51*, in L. COSTATO, L.S. ROSSI, P. BORGHI (a cura di), *op. cit.*, p. 466 ss.; ID., *Art. 52*, *ivi*, p. 472 ss.; F. CASOLARI, *Art. 47*, *ivi*, p. 408 ss.; L. SALVI, *Art. 50*, *ivi*, p. 443 ss.; A. USAL, *Artt. 44-45-46*, *ivi*, p. 392 ss.; ID., *Art. 48*, *ivi*, p. 419 ss.; P. VELIA, *Art. 49*, *ivi*, p. 432 ss.; e la dottrina citata in tali contributi, nonché E. TRIGGIANI, *op. cit.*

⁶ V. *infra*, par. 3.

⁷ In generale, sulla disciplina europea in materia di aiuti di Stato, sia consentito rinviare a E. TRIGGIANI, *Gli aiuti statali alle imprese nel diritto internazionale e comunitario*, Bari, 1989; ID., *Aiuti di Stato (Diritto dell'Unione Europea)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, VI, 2013, p. 19 ss.; T. BALLARINO, L. BELLODI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1997; S. BARIATTI (a cura di), *Gli aiuti*

Sotto un profilo generale, è già stato evidenziato come tale legge abbia, innanzitutto, conferito sistematicità alla materia mediante la previsione di un apposito capo le cui disposizioni, pur non essendo interamente innovative, hanno in primo luogo il pregio di aver codificato la giurisprudenza europea. Così, è stato sottolineato che “[i]l vero merito delle disposizioni inserite nel capo VIII della suddetta legge è (...) di rappresentare il primo tentativo formale, da parte del legislatore italiano, di raggiungere una certa compattezza d’insieme attraverso la codificazione di principi giurisprudenziali, prassi o principi già presenti, in maniera disordinata, in precedenti testi legislativi”⁸. Peraltro, l’introduzione di una disciplina organica in tema di aiuti di Stato costituisce una novità non solo rispetto ai precedenti interventi legislativi relativi all’attuazione del diritto europeo nell’ordinamento italiano, ma “anche rispetto a quanto previsto dall’ordinamento di altri Stati membri dell’Unione europea”⁹.

In tale direzione, tra gli interventi di riforma della precedente normativa di attuazione va menzionato, innanzitutto, l’art. 46, che codifica nel nostro ordinamento la c.d. giurisprudenza *Deggendorf*¹⁰, secondo la quale nuovi aiuti di Stato non possono essere considerati compatibili con il mercato comune fintantoché i precedenti aiuti illegittimi non siano stati restituiti, poiché l’effetto cumulato degli stessi produrrebbe distorsioni alla concorrenza nel mercato.

In realtà, questa giurisprudenza aveva già trovato una prima codificazione nel nostro ordinamento ad opera della legge finanziaria del 2007¹¹, la quale concedeva

di Stato alle imprese nel diritto comunitario, Milano, 1998; A. BIONDI, P. EECKHOUT, J. FLYNN (eds.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004; M. ORLANDI, *La disciplina degli aiuti di Stato*, ivi, p. 1668 ss.; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo: cittadinanza, libertà di circolazione, concorrenza, aiuti di Stato*, Milano, 2012; C. QUIGLEY (ed.), *European State Aid Law and Policy*, Oxford, 2015.

⁸ A. USAI, *Artt. 44-45-46*, cit., spec. p. 395.

⁹ R. ADAM, D. CAPUANO, A. ESPOSITO, A. CIAFFI, C. ODONE, M. RICCIARDELLI, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰ Ci si riferisce alla nota sentenza dell’(allora) Tribunale di primo grado del 13 settembre 1995, cause riunite T-244 e 486/93, *TWD c. Commissione*, confermata dalla successiva sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 1997, causa C-355/95 P, *TWD c. Commissione*. Per dei commenti v. J-B. BLAISE, C. ROBIN-DELAINE, *Concurrence. Aide - Compatibilité - Conditions - Remboursement d’aides antérieures*, in *Revue des affaires européennes*, 1995, p. 90 ss.; G.P. MANZELLA, C. NIZZO, *Contabilità condizionata di aiuti di Stato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, p. 640 ss.; D. WYATT, *The Relationship Between Actions for Annulment and References on Validity after TWD Deggendorf*, in J. LONBAY, A. BIONDI (eds.), *Remedies for Breach of EC Law*, Chichester, 1997, p. 55 ss.; M-A. HERMITTE, *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence*, in *Journal du droit international*, 1998, p. 561 ss.; N. TRAVERS, *Retroactivity and the Commission’s Powers to Implement State Aid Rules*, in *European Law Review*, 1998, p. 264 ss.; A. ESTOA PÉREZ, *La jurisprudencia Deggendorf como medio de forzar la recuperación de las ayudas ilegales*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008, p. 193 ss.; B. CHEYNEL, *Aide nouvelle sur aide illégale et incompatible non remboursée ne vaut: actualité de la doctrine Deggendorf*, ivi, 2009, p. 43 ss.; ID., *Doctrine Deggendorf: rappels et précision*, in *Revue Lamy de la concurrence*, 2010, p. 43 ss.; V. SQUARATTI, *Gli aiuti pubblici alle imprese: la giurisprudenza Deggendorf e l’applicazione del criterio del creditore privato in una economia di mercato a una misura fiscale nell’ambito di una procedura concordataria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, p. 207 ss.

¹¹ L’art. 1, co. 1223, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, recante “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)” disponeva che “[i] destinatari degli aiuti di cui all’articolo 87 del Trattato che istituisce la Comunità europea possono avvalersi di tali misure agevolative solo se dichiarano, ai sensi dell’articolo 47 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, (...) di non rientrare fra coloro che hanno ricevuto e,

la possibilità di accedere a misure agevolative solo a quelle imprese che avessero effettuato una dichiarazione attestante di non essere state beneficiarie di aiuti qualificati come illegali o incompatibili dalla Commissione europea¹².

In linea con la legislazione precedente, l'art. 46 della l. n. 234/2012, che pure ribadisce che “nessuno può beneficiare di aiuti di Stato se rientra tra coloro che hanno ricevuto e, successivamente, non rimborsato o depositato in un conto bloccato gli aiuti che lo Stato è tenuto a recuperare in esecuzione di una decisione di recupero” della Commissione, prevede l'obbligo direttamente in capo alle stesse amministrazioni che concedono misure agevolative alle imprese di verificare che i beneficiari non siano tra coloro che hanno mancato di restituire aiuti illegittimi o incompatibili. A tal fine, il controllo mediante autocertificazione sembrerebbe solo una delle possibili modalità attraverso le quali le amministrazioni concedenti possono svolgere le verifiche sopra indicate¹³, peraltro oggetto di controlli a campione ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445¹⁴.

Un'ulteriore novità della l. n. 234/2012 è costituita dall'articolo dedicato agli aiuti di Stato in caso di calamità naturali (art. 47)¹⁵.

Esso definisce le condizioni alle quali è ammessa la concessione di aiuti pubblici a soggetti che esercitano un'attività economica in conseguenza di danni arrecati da calamità naturali o da altri eventi eccezionali, di cui all'art. 107, par. 2, lett. b), TFUE.

L'art. 47 della legge riproduce pertanto nel nostro ordinamento le regole europee relative alle condizioni e ai criteri per la concessione di aiuti, adattandole per controbilanciare i danni arrecati da calamità naturali e da altri eventi eccezionali particolarmente frequenti nel nostro territorio, soprattutto nella forma di eventi sismici

successivamente, non rimborsato o depositato in un conto bloccato, gli aiuti che sono individuati quali illegali o incompatibili dalla Commissione europea, e specificati nel decreto di cui al presente comma”. Si veda, al riguardo, la dichiarazione secondo la quale la Commissione “si rallegra dell'iniziativa dell'Italia di inserire una specifica clausola Deggendorf nella sua legge finanziaria 2007, in base alla quale i beneficiari di nuove misure di aiuti di Stato sono tenuti a dichiarare che non hanno a loro disposizione aiuti di Stato illegali e incompatibili”: comunicazione della Commissione, del 15 novembre 2007, Verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili, 2007/C 272/05.

¹² In seguito, l'art. 6, co. 1, lett. e), della legge 25 febbraio 2008, n. 34, contenente “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. (Legge comunitaria 2007)” introduceva un nuovo articolo nella legge Buttiglione (art. 16 *bis*) ribadendo, quale forma di attuazione della giurisprudenza *Deggendorf*, quanto già anticipato dalla legge finanziaria del 2007.

¹³ Si veda il co. 4 dell'art. 46 della l. n. 234/2012.

¹⁴ Decreto recante “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa”.

¹⁵ Per una recente analisi della disciplina in materia di calamità naturali v. R. RAPONI, *L'Italia, la normativa relativa alle calamità naturali e gli effetti dei vincoli europei (tra cui in primis il rispetto del pareggio di bilancio) sulla ricostruzione*, in *Amministrativamente - Rivista di diritto amministrativo*, 2016, www.amministrativamente.com, p. 3 ss.; S. VILLANI, *Riflessioni sul regime dell'Unione Europea in materia di aiuti di Stato in caso di calamità*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 585 ss. Occorre peraltro notare che, in realtà, la disposizione in oggetto non era prevista nel testo adottato in prima lettura dalla Camera dei Deputati, ma è stata inserita nel corso dell'esame al Senato a fronte degli eventi sismici verificatisi, nel maggio 2012, in Emilia-Romagna, Veneto e Lombardia: v., sul punto, F. CASOLARI, *op. cit.*, p. 409.

e alluvionali¹⁶. Peraltro, la previsione di una disciplina *ad hoc* per tali eventi ha costituito una risposta all'appello della Commissione europea agli Stati membri di "esaminare le varie possibilità di sostegno nell'ambito degli aiuti di Stato ed elaborare per tempo regimi di aiuto che possano essere messi in pratica immediatamente in caso di emergenze, altrimenti la necessità di elaborare un sistema di compensazioni, di notificarlo e chiederne l'autorizzazione alla Commissione può far perdere tempo prezioso prima di poter aiutare le persone che ne hanno più bisogno"¹⁷.

Non potendo, in tale sede, svolgere una completa disamina dell'art. 47 e di tutte le sue implicazioni sul piano giuridico – alle quali sarebbe opportuno dedicare un'autonoma trattazione – ci si limita qui a porre in rilievo solo alcuni aspetti di maggior interesse.

Il primo riguarda i rapporti tra la disciplina interna e quella europea in materia di aiuti. Infatti, occorre precisare che, al tempo dell'adozione della l. n. 234/2012¹⁸, il diritto europeo non conteneva, al di là dell'art. 107, par. 2, TFUE, una disciplina *ad hoc* per i casi di calamità naturali, annoverando piuttosto tali circostanze tra quelle che rendevano gli aiuti di Stato compatibili con il mercato interno, *de jure*, per il fatto che in tali circostanze le normali dinamiche dello stesso non possono operare e che occorresse, anzi, un intervento statale per risarcire i danni subiti dalle imprese al fine di favorire la ripresa del tessuto produttivo¹⁹. Si può allora rilevare come la disciplina introdotta in Italia dalla l. n. 234 del 2012, sotto tale profilo, abbia costituito un valido tentativo di sistematizzare e semplificare, per i casi specifici di calamità naturali, le regole europee in materia di aiuti. Tuttavia, in merito all'ambito di applicazione dell'art. 47, è stato correttamente rilevato che esso "non risulta affatto applicabile a tutte le ipotesi di aiuti pubblici disposti per far fronte a calamità naturali. (...) [M]isure che vanno ben oltre il semplice risarcimento dei danni subiti dalle imprese e che mirano a stimolare la ripresa dell'economia (...) non possono essere ritenut[e] compatibili *de jure* col mercato interno in base alla lett. b) dell'art. 107, par. 2, TFUE"²⁰.

Tale osservazione si collega immediatamente a un altro rilievo relativo all'art. 47, ossia quello circa l'opportunità della previsione di una disciplina *ad hoc*, dedicata agli aiuti in casi di calamità naturali, all'interno della l. n. 234/2012. Al riguardo,

¹⁶ V., sul tema, C. BUCCICO, *Compatibilità europea degli interventi a sostegno delle aree colpite da calamità naturali*, in M. BASILAVECCHIA et al. (a cura di), *Interventi finanziari e tributari per le aree colpite da calamità tra norme interne e principi europei*, Torino, 2016, p. 147 ss., spec. p. 166. Per un commento sulle agevolazioni fiscali in caso di calamità naturali alla luce anche della l. n. 234/2012, v. F. FICHERA, *Calamità naturali, principi costituzionali e agevolazioni fiscali*, in *Rassegna Tributaria*, 2014, p. 1214 ss.

¹⁷ Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato nel settore agricolo e forestale 2007-2013, 2006/C 319/01, punto n. 118.

¹⁸ Occorre, infatti, ricordare che, successivamente, l'art. 50 del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato (c.d. regolamento di esenzione), ha disposto che i regimi di aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dai terremoti e da altre tipologie di calamità naturali sono compatibili con il mercato interno ai sensi dell'art. 107, par. 2, lett. b), TFUE e sono esentati dall'obbligo di notifica di cui all'art. 108, par. 3, TFUE allorché soddisfino alcune condizioni.

¹⁹ Riguardo alla discrezionalità della Commissione nella qualificazione di eventi ai sensi dell'applicabilità dell'art. 107, par. 2, TFUE, nonché all'ambito di applicazione della norma, si rimanda a F. CASOLARI, *op. cit.*, p. 414.

²⁰ *Ibidem*.

occorre, infatti, ricordare che l'Italia è stata più volte oggetto di procedure di infrazione aperte dalla Commissione per contestare le modalità e i criteri di concessione di aiuti a seguito di eventi calamitosi, nonché di condanna da parte della Corte di giustizia per il mancato recupero di aiuti illegali concessi in tali circostanze²¹.

Ci si riferisce, in particolare, a una serie di leggi emanate negli anni 2002-2003 e 2007 contenenti misure compensative (sotto forma di una riduzione del 90% delle imposte nonché dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi obbligatori) connesse al terremoto che ha colpito la Sicilia orientale nel dicembre 1990, e alle alluvioni del novembre 1994 in Italia settentrionale, che successivamente la normativa italiana adottata tra il 2002 e il 2005 ha convertito in misure di condono che hanno ridotto del 90% il debito fiscale e contributivo delle imprese. Ma, anche, ad analoghe misure adottate a seguito dei terremoti in Umbria e nelle Marche (1997), in Molise e in Puglia (2002) e in Abruzzo (2009)²². Il 14 agosto 2015, la Commissione europea ha constatato che tali misure adottate dall'Italia sono andate a vantaggio anche di imprese che non hanno subito danni e hanno dato luogo a sovracompensozioni²³.

Alla luce di ciò è evidente l'opportunità, colta dalla l. n. 234 del 2012, di disciplinare la materia. A tal fine, l'art. 47, comma 1, detta i criteri da seguire per la concessione di aiuti in caso di eventi calamitosi: a) la delimitazione dell'area geografica a quella fissata nella delibera dello stato di emergenza; b) la stretta connessione degli aiuti con i danni subiti; c) il limite del 100% del risarcimento del danno subito; d) la prova che il danno sia conseguenza diretta dell'evento calamitoso; e) che l'aiuto pubblico non superi l'ammontare del danno subito, maggiorato dell'importo dell'eventuale premio assicurativo pagato per l'anno in corso.

Le modalità di attuazione delle disposizioni per la concessione di aiuti pubblici ex art. 47 della l. n. 234/2012 avrebbero dovuto essere disciplinate, ai sensi del co. 2 di tale articolo, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro per gli Affari europei, di concerto con il Ministro per gli Affari regionali, il turismo e lo sport e con il Ministro dell'Economia e delle Finanze. L'efficacia del decreto sarebbe stata, peraltro, subordinata all'autorizzazione da parte della Commissione europea e, nell'attesa

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2011, causa C-303/09, *Commissione europea c. Repubblica italiana*.

²² F. FICHERA, *Calamità naturali e aiuti di Stato: il caso dell'Abruzzo*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2012, p. 301 ss.

²³ Decisione (UE) 2016/195 della Commissione, del 14 agosto 2015, riguardante le misure SA.33083 (12/C) (ex 12/NN) cui l'Italia ha dato esecuzione e relativa ad agevolazioni fiscali e contributive connesse a calamità naturali (concernenti tutti i settori esclusa l'agricoltura) e SA.35083 (12/C) (ex 12/NN) cui l'Italia ha dato esecuzione e relativa ad agevolazioni fiscali e contributive connesse al terremoto del 2009 in Abruzzo (concernenti tutti i settori esclusa l'agricoltura). Nel comunicato stampa della Commissione del 14 agosto 2015, *Aiuti di Stato in Italia: la Commissione constata che in zone colpite da calamità naturali sono stati concessi sgravi fiscali anche a imprese che non hanno sofferto danni*, IP/15/5494, reperibile *online*, si legge infatti che "dall'indagine della Commissione è emerso che le misure in esame adottate in Italia non erano ben orientate allo scopo di indennizzare i danni arrecati alle imprese a seguito di calamità naturali. In particolare: le misure (...) non obbligavano le imprese a dimostrare di avere subito un danno: un'impresa situata in una zona ammissibile poteva beneficiare degli aiuti a prescindere dal fatto di avere subito o meno un danno a causa di una data calamità naturale (...) inoltre le misure non imponevano alle imprese di provare l'importo dei danni subiti, il che significa che l'importo dell'aiuto non era commisurato al valore effettivo del danno".

dell'adozione dello stesso, il co. 3 dell'art. 47 precisava che la concessione di eventuali aiuti pubblici fosse soggetta alla preventiva autorizzazione della Commissione (conformemente all'art. 108, par. 3, TFUE).

Al contrario, una volta adottato il decreto (che avrebbe dovuto poi essere preventivamente notificato ai sensi dell'art. 108, par. 3, TFUE), gli aiuti in caso di calamità sarebbero stati applicabili al verificarsi di ogni evento classificabile come calamità naturale o evento eccezionale mediante "l'attivazione, su richiesta del Governo italiano, di un meccanismo di autorizzazione preventiva all'attuazione di un regime giuridico di aiuti pubblici volto ad ovviare ai danni arrecati da *futuri* eventi calamitosi ed eccezionali su tutto il territorio nazionale"²⁴. Chiaramente, "ogni concessione di *altri* aiuti pubblici ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b), del Tfeue, 'al di fuori' della disciplina precedentemente descritta [sarebbe stata] comunque soggett[a] alla preventiva autorizzazione da parte della Commissione europea"²⁵.

Senonché, il citato decreto di attuazione non risulta, ad oggi, ancora adottato. La ragione di tale ritardo è da ascrivere, verosimilmente, all'intervenuta adozione del regolamento generale di esenzione del 2014²⁶ il quale, all'art. 50, ha previsto una disciplina *ad hoc* in caso di aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati da determinate calamità naturali, riconosce gli aiuti concessi in tali circostanze *de jure* compatibili con il mercato interno ai sensi dell'art. 107, par. 2, lett. b), TFUE, purché nel rispetto delle condizioni ivi indicate.

Il legislatore italiano deve pertanto aver ritenuto priva di utilità l'adozione del decreto di attuazione previsto dall'art. 47, co. 2, della l. n. 234/2012.

Ciò è peraltro piuttosto opinabile, soprattutto alla luce della comprovata incapacità italiana nella gestione delle misure compensative dei danni provocati da eventi calamitosi. Pertanto, si ritiene che l'esistenza di un quadro giuridico di riferimento nazionale sarebbe certamente utile a evitare di incorrere in ulteriori violazioni del diritto europeo.

Tra i profili di novità introdotti nel nostro ordinamento dalla l. n. 234/2012 va ugualmente menzionata l'attribuzione a carattere generale (nel senso che riguarda tutte le categorie di aiuti) di un ruolo centrale al Dipartimento per le Politiche europee della Presidenza del Consiglio in questa materia: il Dipartimento viene, infatti,

²⁴ F. CASOLARI, *op. cit.*, p. 417.

²⁵ G. GOGLIA, *Aiuti di Stato, la disciplina Ue*, cit.

²⁶ Regolamento 651/2014. Le condizioni indicate all'art. 50 per la concessione di aiuti in tali casi sono: il riconoscimento formale da parte delle autorità competenti degli Stati membri della natura di calamità naturale dell'evento; il nesso causale diretto tra la calamità naturale e i danni subiti dall'impresa beneficiaria, che può essere un'impresa in difficoltà; l'adozione dell'aiuto entro i tre anni dal fatto e la concessione dell'aiuto entro i quattro; il fatto di evitare sovracompensozioni. Per quanto concerne tale ultimo aspetto, l'art. 50, par. 4, prevede che i costi ammissibili siano i costi dei danni subiti come conseguenza diretta della calamità naturale, valutati da un esperto indipendente riconosciuto dall'autorità nazionale competente o da un'impresa di assicurazione. In merito all'assenza di una definizione di calamità a livello europeo e agli orientamenti europei in tema di aiuti in tali casi, v. i contributi di C. BUCCICO, *Compatibilità europea degli interventi a sostegno delle aree colpite da calamità naturali*, in M. BASILAVECCHIA *et al.* (a cura di), *op. cit.*, p. 147 ss.; F. GALLO, *Politiche europee, finanza e fiscalità per le aree danneggiate*, *ivi*, p. 123 ss.; O. LOMBARDI, *Condizioni e limiti alla luce dei recenti orientamenti europei*, *ivi*, p. 130 ss.; A. PACE, *La risposta dell'Unione Europea alle calamità e le politiche degli Stati membri a confronto*, *ivi*, p. 214 ss.; A. QUATTROCCHI, *Orientamenti della Commissione Europea in tema di aiuti di Stato in favore delle zone colpite da calamità naturali*, *ivi*, p. 197 ss.

investito del coordinamento dei Ministeri interessati e delle Regioni ai fini della definizione della posizione italiana nei confronti dell'Unione europea, agendo così da mediatore tra i diversi livelli di governo di volta in volta coinvolti in base alla tipologia di misura.

L'art. 45 stabilisce a questo fine che, unitamente alla notifica alla Commissione dei progetti volti a istituire o modificare aiuti di Stato ai sensi dell'art. 108, par. 3, TFUE, le amministrazioni debbano inviare al Dipartimento per le Politiche europee una nota sintetica delle misure notificate (art. 45, co. 1) e che tale Dipartimento debba fungere da tramite per la trasmissione delle informazioni richieste dalla Commissione alle amministrazioni concedenti aiuti non notificati (co. 2). Come è stato al riguardo evidenziato, “la ratio della norma sarebbe quindi quella di permettere che, proprio in virtù di un siffatto scambio d'informazioni, gli interessi dello Stato siano difesi in maniera efficace”²⁷.

Invero, nonostante in alcuni casi il Dipartimento per le Politiche europee possa intervenire direttamente, notificando la misura agevolativa su richiesta delle amministrazioni interessate²⁸, l'attribuzione ad esso di un mero ruolo di controllo – peraltro attraverso la trasmissione di mere “schede sintetiche” – sulle misure notificate dalle diverse amministrazioni non si è dimostrata idonea a garantire uniformità ed effettività nella gestione delle misure di aiuto. Infatti, come si avrà modo di analizzare²⁹, il ruolo del Dipartimento è stato profondamente modificato dagli interventi effettuati di recente per aumentare, conformemente agli impegni assunti sul piano europeo nel corso della *partnership* bilaterale intrapresa con la Commissione europea, la capacità di *governance* in materia.

Anche per quanto riguarda le informazioni richieste dalla Commissione in merito a presunti aiuti non notificati ex art. 108, par. 3, TFUE, la l. n. 234/2012, nella sua versione originaria, ha attribuito al Dipartimento un mero ruolo di trasmissione delle informazioni valutate, selezionate e fornite dalle amministrazioni competenti per materia (art. 45, co. 2).

Pertanto, nonostante la legge mirasse originariamente ad attribuire al Dipartimento per le Politiche europee un ruolo di coordinamento e verifica delle informazioni trasmesse dalle amministrazioni in materia di aiuti, in realtà le disposizioni da essa introdotte non si sono rivelate idonee a garantire tale obiettivo, ritagliando piuttosto, in favore dello stesso Dipartimento, un ruolo modesto ai fini della garanzia di una maggiore *compliance* e *governance* in materia.

Infine, in questa breve descrizione delle novità introdotte dalla l. n. 234/2012 in materia di aiuti, si ritiene doveroso menzionare tre ulteriori norme, disciplinate rispettivamente dai suoi articoli 48, 49 e 51: quella relativa alle procedure di recupero degli importi dovuti a fronte di decisioni ex art. 16 del regolamento (UE) 2015/1589³⁰; quella relativa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per tutte le controversie relative agli aiuti di Stato; e quella relativa all'estinzione del diritto alla restituzione degli aiuti oggetto di decisioni di recupero.

²⁷ A. USAI, *Artt. 44-45-46*, cit., p. 399.

²⁸ D. LUCAFERRI, *Le procedure di notifica e di recupero degli aiuti di Stato in Italia*, in L.F. PACE (a cura di), *op. cit.*, p. 691 ss., spec. a p. 694.

²⁹ V. *infra*, par. 4.

³⁰ Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Per quanto riguarda le procedure di recupero³¹, occorre ricordare come già il regolamento (CE) n. 659/1999³², spingendosi oltre quanto allora sancito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, avesse previsto l'automaticità del recupero rispetto all'accertamento dell'illegalità o dell'incompatibilità dell'aiuto³³; principio oggi ribadito dal nuovo regolamento 2015/1589, nel rispetto del principio di autonomia processuale degli Stati membri.

Proprio in virtù di tale autonomia, la l. n. 234/2012 ha previsto all'art. 48 che, da un lato, fosse Equitalia S.p.A. (oggi sostituita dall'Agenzia delle Entrate - Riscossione)³⁴ l'ente incaricato *de jure* della riscossione degli aiuti di Stato oggetto di recupero; e che, dall'altro lato, il Ministro competente per materia dovesse adottare, entro due mesi dalla notifica di una decisione di recupero, un decreto – costituente titolo esecutivo ai sensi dell'art. 48, co. 2 – con indicazione dei soggetti tenuti alla restituzione, degli importi, dei termini e delle modalità del pagamento.

Sotto il profilo del recupero vale peraltro la pena di ricordare che le regole in materia di aiuti di Stato sono applicabili anche alle società *in house*. Una copiosa giurisprudenza recente della Corte di Cassazione, infatti, ha disposto che anche tali società possono essere destinatarie di ordini di recupero di aiuti di Stato illegittimamente ricevuti, ritenendo “del tutto irrilevante la composizione del capitale sociale rispetto all'obiettivo di evitare che le imprese pubbliche, beneficiarie del trattamento agevolato, possano concorrere nel mercato delle concessioni dei servizi pubblici locali, che è mercato aperto alla concorrenza comunitaria, in condizioni di potenziale vantaggio rispetto ai concorrenti”³⁵.

Come già anticipato, l'art. 49 della l. n. 234/2012 stabilisce la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per qualsiasi controversia relativa sia alla concessione che alla restituzione di aiuti di Stato³⁶, semplificando notevolmente la precedente disciplina, che invece stabiliva che la giurisdizione – ripartita tra giudici

³¹ V. D. LUCAFERRI, *op. cit.*; M. MEROLA, T. UBALDI, *Il recupero degli aiuti illegali e incompatibili e le relative controversie dinanzi ai giudici nazionali (Diritto UE)*, in L.F. PACE (a cura di), *op. cit.*, p. 623 ss.; A. USAI, *Art. 48*, cit. Per una analisi della disciplina precedente alla l. n. 234/2012, v. anche R. CAFARI PANICO, *Il recupero degli aiuti illegittimamente concessi*, in *Rivista di diritto europeo*, 1995, p. 39 ss.

³² Regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE.

³³ M. MEROLA, T. UBALDI, *op. cit.*, p. 632.

³⁴ Decreto-legge 22 ottobre 2016, n. 193, contenente “Disposizioni urgenti in materia fiscale e per il finanziamento di esigenze indifferibili”.

³⁵ Cassazione civile, sentenza del 13 luglio 2017, n. 17240. In senso conforme, v. anche le sentenze del 31 gennaio 2017, n. 2396; del 28 giugno 2017, n. 16073; e del 31 ottobre 2017, n. 25899.

³⁶ V. al riguardo E. ALTIERI, *Prime impressioni sulla giurisdizione del giudice amministrativo in materia di aiuti di Stato*, in *Rivista di diritto tributario*, 2013, p. 197 ss.; A. CIOFFI, *Il riparto di giurisdizione per l'applicazione degli artt. 107 e 108§3 TFUE*, in L.F. PACE (a cura di), *op. cit.*, p. 724 ss.; M. MARTINELLI, *Il private enforcement dell'art. 108 § 3 TFUE e le controversie sul recupero degli aiuti illegali e incompatibili dinanzi al giudice amministrativo*, *ivi*, p. 733 ss.; A. PERIN, *Il private enforcement dell'art. 108§3 TFUE e le controversie sul recupero degli aiuti illegali e incompatibili dinanzi al giudice civile prima della riforma della l. 234/2012*, *ivi*, p. 750 ss.; C. SCHEPISI, *Il private enforcement dell'art. 108 par. 3, TFUE e i rimedi in capo al giudice nazionale*, *ivi*, p. 599 ss.; ID., *Ordinamento italiano e giurisdizione in materia di aiuti di Stato: la legge n. 234/2012*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, p. 449 ss.; C. SCHEPISI, S. MAZZILLI, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di aiuti di Stato alla luce della legge n. 234/2012*, in C. SCHEPISI (a

ordinari, amministrativi e tributari – fosse determinata in ragione della tipologia di aiuto concesso. La norma ha, dunque, notevolmente semplificato l'individuazione del giudice competente in materia, stabilendo *ex ante* la giurisdizione generale del giudice amministrativo.

Infine, l'art. 51 della legge ha uniformato i termini di prescrizione nazionali relativi al recupero di aiuti illegali a quelli previsti sul piano europeo, in particolare con il regolamento 659/1999, per la prescrizione dell'obbligo statale di recupero. In altri termini, l'art. 51 ha stabilito che il diritto alla restituzione di un aiuto sussiste fintantoché permane l'obbligo europeo di recuperarlo in capo allo Stato membro che l'abbia concesso illegalmente o in modo incompatibile in forza della relativa disciplina europea. Si prevede, pertanto, un termine di prescrizione decennale. Così facendo, è stata posta fine a una fase di incertezza giuridica secondo la quale, da un lato, si riteneva che all'obbligo restitutorio si dovessero applicare gli ordinari termini prescrizionali³⁷; dall'altro lato, si considerava invece che la normativa nazionale in tema di prescrizione e decadenza dovesse essere disapplicata per contrasto al principio di effettività del diritto europeo, qualora avesse impedito il recupero di aiuti dichiarati incompatibili con decisione definitiva della Commissione³⁸.

Alla luce delle importanti novità introdotte dal testo originario della l. 234/2012, si intende, dunque, sottolineare la profonda innovazione apportata da tale legge in materia, che ne è risultata non solo sistematizzata, ma anche in gran parte riorganizzata e innovata così da accrescerne la conformità al diritto europeo e la corretta gestione sul piano interno.

Nonostante gli indiscussi pregi della disciplina introdotta dalla legge del 2012, non si possono tuttavia tacere i modesti risultati raggiunti, sul piano pratico, in termini di *compliance* e *governance* italiana in materia di aiuti.

La mancanza di uniformità nelle procedure e nei contenuti delle notifiche effettuate dalle diverse amministrazioni, la mancanza di un effettivo centro di coordinamento, in materia, con la Commissione, nonché un'inadeguata (e talvolta distorta) attuazione della disciplina in casi di aiuti per calamità naturali, hanno fatto emergere la necessità di introdurre dei correttivi alla l. n. 234/2012 al fine di garantire una maggiore conformità nazionale agli *standard* europei in materia che, peraltro, quasi in contemporanea all'entrata in vigore della legge, venivano anch'essi profondamente modificati, come si evidenzierà nel par. successivo, nel senso di una maggiore semplificazione.

cura di), *L'impatto del diritto dell'Unione europea sul processo amministrativo*, Napoli, 2013, p. 259 ss.; P. VELIA, *op. cit.*

³⁷ V., in particolare, Corte costituzionale, sentenza del 22 aprile 2009, n. 125, secondo la quale il termine decennale previsto dal regolamento 659/99 avrebbe dovuto essere riferito unicamente alle iniziative della stessa Commissione; al contrario, le procedure e i mezzi diretti al recupero degli aiuti incompatibili nei confronti dei beneficiari avrebbero dovuto essere disciplinate dal diritto nazionale.

³⁸ V. Cassazione civile, sentenza del 1° giugno 2012, n. 8817. Per maggiori riferimenti giurisprudenziali in tema, v. A. DE STEFANO, *Le controversie sul recupero degli aiuti illegali e incompatibili dinanzi al giudice tributario prima della riforma della l. 234/2012*, in L.F. PACE (a cura di), *op. cit.*, pp. 774-775.

3. A partire dal 2012, con la nota comunicazione “Modernizzazione degli aiuti di Stato dell’UE”³⁹, la Commissione ha avviato una “strategia integrata di riforma” della materia degli aiuti di Stato volta, da un lato, a limitare il suo controllo *ex ante* sui casi idonei a provocare maggiori alterazioni della concorrenza nel mercato interno, lasciando agli Stati membri una maggiore flessibilità nella messa a punto di misure di aiuto meno distorsive e rafforzandone, contestualmente, la cooperazione in materia di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato; dall’altro lato, a “razionalizzare le norme e accelerare i tempi di decisione”⁴⁰. Di conseguenza, larga parte delle misure di aiuto è stata sottratta al vaglio della Commissione e rimessa alla valutazione degli Stati membri, nei confronti dei quali sono state adottate, al contempo, misure volte a rafforzarne la *governance* e la *compliance*.

Sotto il primo profilo, quello della ricerca di una progressiva limitazione del controllo sulle misure di aiuto da parte della Commissione, all’indomani della citata comunicazione, è stato riformato il c.d. regolamento di procedura⁴¹, ma soprattutto è stato adottato il nuovo regolamento c.d. di esenzione⁴², il quale ha esteso l’esenzione dall’obbligo di notifica preventiva a nuove categorie di aiuti per le quali è possibile definire chiare condizioni di compatibilità.

Come è stato sottolineato, già con l’adozione di questi due primi atti sono state definite le linee di riforma in materia, che includono “(i) il cambio di attitudine della Commissione nei confronti dei c.d. aiuti positivi, e cioè quelli capaci di favorire la crescita economica (grazie soprattutto al c.d. effetto di incentivazione), e (ii) la volontà di concentrare le risorse della Commissione sui casi di maggiore portata sistematica. Tali obiettivi si declinano a loro volta (iii) nell’aumento dell’intensità dei poteri di controllo attribuiti alla Commissione con riguardo all’esame degli aiuti che l’esperienza insegna essere più nocivi per la concorrenza e il mercato interno, e (iv) nella maggiore discrezionalità concessa agli Stati per l’autovalutazione delle

³⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, dell’8 maggio 2012, Modernizzazione degli aiuti di Stato dell’UE, COM(2012)209 fin., punto 9 dell’introduzione. Per un quadro dei diversi atti adottati per la modernizzazione degli aiuti di Stato e la loro attuazione, si veda la pagina ec.europa.eu. Sul tema, più in generale, si rinvia a C. SCHEPISI (a cura di), *La “modernizzazione” della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011.

⁴⁰ *Ivi*, punto 8 dell’introduzione.

⁴¹ Regolamento (UE) n. 734/2013 del Consiglio, del 22 luglio 2013, che modifica il Regolamento (CE) n. 659/1999 recante modalità di applicazione dell’articolo 93 del trattato CE.

⁴² Regolamento 651/2014. Si vedano al riguardo i seguenti commenti: P. NICOLAIDES, *An Economic Assessment of the Usability of the New General Block Exemption Regulation for State Aid (Regulation 651/2014)*, in *European Competition Journal*, 2014, p. 403 ss.; A.M. WEAVER, *Convergence through the Crisis: State Aid Modernisation & West European Capitalism*, in *Columbia Journal of European Law*, 2014-2015, p. 587 ss.; L. TEBANO, *State Aid for Employment after the New General Block Exemption Regulation*, in *State Aid Law Quarterly*, 2015, p. 241 ss. Il regolamento 651/2014 è stato, peraltro, in parte modificato dal regolamento (UE) 2017/1084 della Commissione, del 14 giugno 2017, che modifica il regolamento (UE) n. 651/2014 per quanto riguarda gli aiuti alle infrastrutture portuali e aeroportuali, le soglie di notifica applicabili agli aiuti alla cultura e alla conservazione del patrimonio e agli aiuti alle infrastrutture sportive e alle infrastrutture ricreative multifunzionali, nonché i regimi di aiuti a finalità regionale al funzionamento nelle regioni ultraperiferiche, e modifica il regolamento (UE) n. 702/2014 per quanto riguarda il calcolo dei costi ammissibili.

proprie misure di politica economica, a patto di una maggiore trasparenza dell'azione pubblica"⁴³.

Peraltro, unitamente a tali due primi strumenti, che hanno introdotto importanti misure di innovazione della disciplina degli aiuti, va menzionata anche la comunicazione della Commissione 2014/C 198/02⁴⁴ volta ad accrescere la trasparenza sugli aiuti concessi come componente essenziale del processo di modernizzazione, secondo la quale gli Stati membri sono tenuti, per poter concedere aiuti di Stato, a creare siti web esaustivi, a livello regionale o nazionale, per la pubblicazione delle informazioni riguardanti le misure di aiuto e i loro beneficiari, mediante l'utilizzazione di un formato *standard*.

In questo quadro di riforma generale della disciplina europea degli aiuti di Stato non può non essere menzionata, infine, una grande novità, rappresentata dall'adozione, da parte della Commissione europea, della Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato⁴⁵, che ha raccolto e sistematizzato la più significativa giurisprudenza e la prassi decisionale riguardo a tale nozione⁴⁶, prevedendo al tempo stesso alcuni profili di novità, in particolare per quanto riguarda gli "effetti sul mercato", quale criterio relativo al divieto di cui all'art. 107, par. 1, TFUE e, più specificatamente, in riferimento alle misure "puramente interne"⁴⁷.

Tra le misure più rilevanti adottate nell'ambito di questa generale riforma del sistema degli aiuti di Stato, che ha profondamente inciso sulla disciplina al riguardo prevista dalla l. n. 234/2012, vi è l'istituzione, ad opera della Commissione, di

⁴³ L. CALZOLARI, C. GRECO, *La modernizzazione degli aiuti di Stato*, 13 gennaio 2015, in www.eurojus.it.

⁴⁴ Comunicazione della Commissione che modifica le comunicazioni della Commissione relative, rispettivamente, agli orientamenti dell'Unione europea per l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga, agli orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020, agli aiuti di Stato a favore delle opere cinematografiche e di altre opere audiovisive, agli orientamenti sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti per il finanziamento del rischio e agli orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree, (2014/C 198/02).

⁴⁵ Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, (2016/C 262/01).

⁴⁶ Per alcuni commenti, v. G.M. GALLETTI, *Remarks on the Infrastructure Section of the Commission Notice on the Notion of State Aid*, 22 giugno 2016, in www.stateaidhub.eu; C. GROEBECKER, *The Commission's Notice on State Aid and the Tax Ruling cases: Clarification or Justification?*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 15 luglio 2016; P. MENGZZI, *Le attività culturali e la comunicazione della Commissione del 19 luglio 2016 sulla nozione di aiuto di Stato*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, p. 741 ss.; P. NICOLAIDES, *Commission Notice on the Notion of State Aid: Part I - Economic Activities & State Resources*, 23 agosto 2016, in www.stateaidhub.eu; ID., *Commission Notice on the Notion of State Aid: Part II - Advantage and Selectivity*, 30 agosto 2016, *ivi*; ID., *Commission Notice on the Notion of State Aid: Part III - Trade Effect, Distortion of Competition and Infrastructure*, 6 settembre 2016, *ivi*; ID., *A Critical Review of the Commission Notice on the Notion of State Aid*, in *Maastricht Journal of European Comparative Law*, 2016, p. 842 ss.; G.S. ØLYKKE, *Commission Notice on the Notion of State Aid as Referred to in art. 107(1) TFEU: Is the Conduct of a Public Procurement Procedure Sufficient to Eliminate the Risk of Granting State Aid*, in *Public Procurement Law Review*, 2016, p. 197 ss.

⁴⁷ A. SANCHEZ-GRAELLS, *Digging itself out of the Hole? A Critical Assessment of the European Commission's Attempt to Revitalize State Aid Enforcement after the Crisis*, in *Journal Antitrust Enforcement*, 2016, p. 157 ss.; ID., *Commission Notice on Notion of State Aid Shows Contradictions with EU Public Procurement Rules, in Particular Concerning Aid and Contracts for Local Sgei*, 20 maggio 2016, in www.howtocrackanut.com.

una piattaforma di dialogo permanente tra gli Stati membri sull'attuazione della modernizzazione degli aiuti di Stato, definita “*partnership* multilaterale”. Inoltre, la Commissione ha offerto, al contempo, la disponibilità a intraprendere percorsi di cooperazione strutturata bilaterale, c.d. “*partnership* bilaterale”, con quegli Stati membri che avessero rilevato un maggiore bisogno di rafforzamento dei rispettivi strumenti di *governance* in relazione alla normativa sugli aiuti⁴⁸.

Proprio per quanto riguarda la collaborazione sul piano bilaterale, la Direzione generale concorrenza della Commissione europea ha avviato una *partnership* con il Governo italiano – più precisamente, con il Dipartimento per le Politiche europee (DPE) – volta a individuare gli strumenti più idonei, seppure nel rispetto dell'autonomia organizzativa statale, per aumentare la *compliance* e la *governance* italiana in materia di aiuti di Stato.

A questo fine, il 3 giugno 2016, l'Italia e la Commissione hanno sottoscritto il *Common Understanding on Strengthening the Institutional Setup for State Aid Control in Italy*⁴⁹ – uno strumento di *soft law* contenente impegni sul piano politico piuttosto che giuridico – che costituisce il documento di sintesi di tale collaborazione e sancisce l'impegno del Governo italiano, a partire dal 2017, a rafforzare il sistema di controllo degli aiuti di Stato in Italia attraverso il bilanciamento, da un lato, dell'obbligo di garantire il controllo e il coordinamento degli aiuti a livello nazionale e, dall'altro, della necessità di rispettare le competenze che l'assetto istituzionale italiano riconosce ai diversi livelli amministrativi anche in tale materia⁵⁰.

Le misure di attuazione degli impegni assunti mediante la sottoscrizione del *Common Understanding* – unitamente ad altre già intraprese in precedenza in tale direzione – costituiscono, quindi, misure volte all'implementazione, nel nostro Paese, del processo di modernizzazione degli aiuti di Stato avviato sul piano europeo.

Il *Common Understanding*, infatti, mira ad assicurare un aumento della capacità amministrativa, e dunque dell'autonomia, delle amministrazioni interessate, nonché ad accrescere il ruolo di coordinamento del Dipartimento, al fine di garantire la corretta e uniforme applicazione delle norme, e punta a un rafforzamento delle tre principali fasi connesse agli interventi in materia di aiuti di Stato: i) quella della preparazione delle misure; ii) quella dell'attuazione; e iii) quella dei controlli *ex post*⁵¹.

A tal fine, sono stati concordati tra le due parti cinque principali obiettivi: il miglioramento del sistema interno di individuazione preventiva delle misure che configurano aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE; il rafforzamento della *governance* sugli aiuti di Stato; il consolidamento delle azioni a garanzia della

⁴⁸ V. O. SIMEON, *Il Common Understanding dal punto di vista della Commissione europea*, in A. CIAFFI, C. Odone (a cura di), *Le politiche europee e il ruolo delle Regioni: dalla teoria alla pratica. Commenti e materiali dei Seminari e Laboratori europei Programma di “Formazione in materia europea - 2016” Centro Interregionale Studi e Documentazione (CINSEDO)*, Supplemento a *Regioni.it* del 29 dicembre 2017, p. 73 ss., p. 75.

⁴⁹ Il documento è reperibile sul sito della Commissione europea, www.ec.europa.eu, e su quello del Dipartimento per le Politiche europee, www.politicheeuropee.gov.it.

⁵⁰ V., sul punto, la Relazione programmatica della Camera dei Deputati sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea ai sensi dell'art. 15, comma 1, della legge 24 dicembre 2012, n. 234, trasmessa alla Presidenza il 17 gennaio 2017, doc. LXXXVII-Bis n. 5, p. 28.

⁵¹ Si veda la relativa sezione del sito del Dipartimento per le Politiche europee.

trasparenza delle misure di aiuto, in particolare per mezzo dell'implementazione di un registro nazionale; il miglioramento dei sistemi di monitoraggio di tutte le misure di aiuto; la velocizzazione delle operazioni volte al recupero degli aiuti illegali e incompatibili e il miglioramento della collaborazione con gli uffici della Commissione europea per individuare e gestire i casi strategici e prioritari⁵².

Per assicurare il raggiungimento dei suddetti obiettivi sono state quindi definite alcune azioni necessarie da parte del Governo italiano e, in particolare, il miglioramento del sistema di coordinamento e consultazione attraverso un controllo preliminare e obbligatorio delle misure idonee a costituire aiuti; il rafforzamento delle competenze, a ogni livello, in materia di aiuti; l'aumento della trasparenza attraverso sistemi di monitoraggio e *compliance*; l'aumento della capacità di attuare le decisioni di recupero; la maggiore cooperazione con la Commissione per la gestione dei casi.

4. Gli impegni assunti dal Governo italiano sul piano europeo sono stati tradotti sul piano interno in una serie di modifiche e di disposizioni di attuazione della l. n. 234/2012 piuttosto rilevanti, oltre che in una serie di iniziative "pratiche", sia burocratiche che formative, volte al raggiungimento di una maggiore efficienza e puntualità nella gestione della materia⁵³.

Peraltro, larga parte delle modifiche apportate al testo originario della legge erano già state introdotte nel corso del partenariato intrapreso con la Commissione, anteriormente alla sottoscrizione del *Common Understanding*, per mezzo della legge europea 2014⁵⁴ e di quella del 2015-2016⁵⁵, proprio nell'ottica di migliorare la capacità di gestione e controllo in materia di aiuti di Stato.

Il capo VIII della legge risulta quindi, ad oggi, profondamente modificato dai più recenti interventi legislativi e regolamentari, dei quali si cercherà di dar conto in questo paragrafo, mirando altresì a evidenziare le conseguenze di tali modifiche sull'organizzazione e sulle procedure delle amministrazioni concedenti aiuti di Stato, siano esse centrali o regionali, provinciali o territoriali.

In primo luogo, come già osservato nel paragrafo precedente, al fine di aumentare la capacità di coordinamento in materia di aiuti e di diminuire i rischi (e le conseguenze) della non corretta applicazione delle rilevanti norme europee, è stato previsto un rafforzamento, in materia, del ruolo del Dipartimento per le Politiche europee, il quale assume ora il ruolo di vera e propria "cabina di regia" per quanto riguarda la disciplina di notifica alla Commissione delle misure di aiuto alle imprese.

Già con la legge europea 2015-2016 è stato, infatti, ampiamente modificato l'art. 45 della l. n. 234/2012, prevedendo che le amministrazioni centrali e territoriali che intendano concedere aiuti sottoposti a previa notifica *ex art.* 108, par. 3, TFUE, debbano predisporre e trasmettere quest'ultima al Dipartimento, che procederà ad

⁵² O. SIMEON, *op. cit.*, pp. 77-78.

⁵³ Per un'analisi dell'attuazione del *Common Understanding* a livello regionale, v. P. GRIZZO, E. PROSPERI, *L'attuazione del Common Understanding negli ordinamenti regionali*, in A. CIAFFI, C. Odone (a cura di), *op. cit.*, p. 83 ss.

⁵⁴ Legge 29 luglio 2015, n. 115, contenente "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2014".

⁵⁵ Legge 7 luglio 2016, n. 122, contenente "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2015-2016".

effettuare un esame della completezza della documentazione e a inoltrare la notifica alla Commissione.

Il Dipartimento per le Politiche europee, pertanto, in forza della novella legislativa, acquisisce un ruolo centrale e molto più pervasivo rispetto a quanto stabilito nella precedente disciplina, in virtù della quale, come già evidenziato, le amministrazioni concedenti aiuti erano tenute solo a inoltrare allo stesso una scheda sintetica delle misure notificate.

Con d.P.C.M. del 24 gennaio 2017 è stata data attuazione al riformato art. 45 della l. n. 234/2012, prevedendo che l'esame ad opera del Dipartimento e la trasmissione della notifica per la validazione e il successivo inoltro alla Commissione europea debbano essere effettuati entro il termine di quindici giorni, termine entro il quale possono essere anche formulate osservazioni all'amministrazione firmataria, che potrà recepirle o chiedere – entro dieci giorni – di procedere comunque con la notifica⁵⁶. Tale procedura è, d'altronde, perfettamente coerente con le indicazioni del *Common Understanding* (par. 3.1, lettere c ed e)⁵⁷. Il Dipartimento, pertanto, non è più il mero destinatario delle informazioni inviategli dalle amministrazioni concedenti aiuti, ma assume un ruolo attivo e centrale tramite il potere/dovere di controllo e di notifica delle misure idonee a costituire aiuti di Stato.

In questo quadro, per accrescere la capacità di controllo preventivo delle misure da parte delle amministrazioni prima, e del Dipartimento poi, è stata ritenuta strategica la diffusione di pratiche di controllo sistematico di tutte le misure di incentivo attraverso lo strumento delle c.d. *check list*, in attuazione dell'art. 3.1, lett. b), del *Common Understanding*⁵⁸. In tal modo, si intende garantire un sistema di controllo preventivo, attraverso il quale ciascuna amministrazione, nel predisporre una proposta legislativa o emendativa recante misure suscettibili di costituire aiuti

⁵⁶ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 24 gennaio 2017, recante “Termini e modalità di svolgimento della verifica della completezza della documentazione contenuta nelle notifiche di aiuti di Stato da parte del Dipartimento per le politiche europee, in attuazione dell'articolo 45 della legge 24 dicembre 2012, n. 234”.

⁵⁷ La lett. c) del par. 3.1 del *Memorandum of Understanding* del 2016 prevede, infatti, la necessità da parte del Governo italiano di “[e]ntrusting the granting authorities to send the notification form to the DPE for a check of completeness, together with the assessment of the proposed measure provided by the relevant distinct body, with the view to ensuring that the notification form has been adequately filled-in. The granting authorities will be requested to inform the DPE in case of pre-notification. The DPE, at its own initiative or upon request and in relation to its administrative capacity, can advise the responsible authority prior to the notification to the Commission”; la lett. e) di “[e]ntrusting the CE to guarantee to DPE a role in SANI2 that makes possible the check of completeness of the draft notification inside the SANI2”. Occorre ricordare che con l'avvenuta modifica della procedura del sistema di notifica elettronica degli aiuti di Stato (cosiddetto “SANI2”), la Commissione europea ha abilitato il Dipartimento per le Politiche Europee a effettuare l'esame della completezza della notifica prima della validazione da parte della Rappresentanza permanente presso l'UE ed il successivo invio in Commissione.

⁵⁸ Si tratta della c.d. “Scheda AdS”. Conformemente a quanto previsto dalla circolare adottata dal Dipartimento per le Politiche europee in attuazione del *Common Understanding* del 15 febbraio 2017, la scheda si compone di due sezioni. La prima è finalizzata a verificare se ricorrono i seguenti requisiti: i) impatto sulle risorse pubbliche; ii) beneficiari e selettività; iii) esistenza di un vantaggio economico a favore di “imprese”. Nel caso in cui sussistano i tre requisiti, si presumerà la presenza di un aiuto; in caso contrario, l'amministrazione sarà esonerata dalla prosecuzione della compilazione della scheda. La sezione II, invece, individua gli strumenti ai fini della compatibilità e indica le procedure ai fini della legalità (aiuti *de minimis*, aiuti in esenzione di notifica, ecc.). La scheda deve essere firmata dal Responsabile di livello dirigenziale dell'amministrazione competente per la misura di aiuto.

di Stato, deve compilare una scheda di verifica, tenendo conto della comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato e della giurisprudenza europea in materia.

Occorre inoltre evidenziare che il co. 4 dell'art. 2 del d.P.C.M. 24 gennaio 2017 prevede che, nonostante il controllo operato dal Dipartimento in questa fase, "la responsabilità della notifica rimane in ogni caso in capo all'amministrazione firmataria". Tale previsione ha lo scopo, evidentemente, di scongiurare la deresponsabilizzazione delle amministrazioni concedenti e preservarne l'autonomia, in ossequio a quanto previsto dal *Common Understanding*.

Al fine di rafforzare la capacità amministrativa delle amministrazioni che concedono aiuti di Stato, è stata prevista, peraltro, la creazione dei c.d. *distinct bodies*: ciascuna amministrazione pubblica deve cioè dotarsi, al suo interno, di un centro di competenza specializzato in materia di aiuti e indipendente dall'autorità concedente, che verifichi *ex ante* l'eventuale presenza di un aiuto di Stato nelle proposte di misure che dispongono l'utilizzo di risorse pubbliche a vantaggio di imprese. È stato al riguardo chiarito che "[i] distinct body è, quindi, da intendersi quale unità organizzativa chiaramente individuata all'interno dell'amministrazione e distinta dagli uffici che predispongono la misura"⁵⁹.

Un'attenzione particolare viene inoltre prevista dalla riformata (stavolta dalla legge europea 2014) l. n. 234/2012, rispetto agli obblighi di monitoraggio e relazione concernenti i servizi di interesse economico generale (SIEG)⁶⁰, per i quali si stabilisce, in un nuovo art. 45-*bis*, che il Presidente del Consiglio dei Ministri ne assicuri l'adempimento, anche mediante relazioni da inviare alla Camera e al Senato⁶¹. Allo stesso tempo, le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano, le Province e i Comuni sono tenuti a fornire i dati relativi alle compensazioni concesse alle imprese incaricate della gestione dei SIEG alle amministrazioni centrali di settore, le quali dovranno redigere le relazioni di rispettiva competenza sulla base dei dati forniti e trasmetterle al Dipartimento per le Politiche europee ai fini della predisposizione della relazione da presentare alla Commissione europea. Nel caso dei SIEG, pertanto, alle amministrazioni regionali e locali è sottratta la redazione delle relazioni relative alle compensazioni; tali enti sono, infatti, tenuti esclusivamente alla trasmissione dei relativi dati e saranno poi le amministrazioni centrali a predisporre le relazioni da inviare al Dipartimento per le Politiche europee, che ancora una volta si conferma quale cabina di regia nella materia.

⁵⁹ Circolare del Dipartimento per le Politiche europee del 15 febbraio 2017. Peraltro, vi si sottolinea anche che "il *distinct body* non deve essere necessariamente una unità organizzativa nuova ma può essere individuato anche all'interno di strutture e/o uffici già esistenti, evitando duplicazioni o sovrapposizioni con eventuali competenze già presenti" (p. 3 del documento). Ciò al fine di venire incontro alle esigenze delle amministrazioni interessate dall'attuazione di Programmi operativi finanziati con i Fondi SIE, che avevano già dovuto dare esecuzione al piano d'azione finalizzato al soddisfacimento della condizionalità *ex ante* "aiuti di Stato" prevedendo l'istituzione, presso ciascuna Autorità di Gestione, di un'apposita struttura, dalla stessa indipendente, competente in materia di aiuti di Stato. V., al riguardo, P. GRIZZO, E. PROSPERI, *op. cit.*, p. 83.

⁶⁰ Sul tema v., in particolare, G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale: contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010; R. MASTROIANNI, A. LUCARELLI (a cura di), *I servizi di interesse economico generale*, Napoli, 2012.

⁶¹ Art. 45-*bis*, co. 1.

L'assenza, per il momento, di dati concreti che permettano di verificare il conseguimento dell'effetto atteso dalle modifiche impresse alla l. n. 234/2012 (ossia quello di accrescere la capacità delle amministrazioni di svolgere opportuni controlli preventivi sulle misure che possono costituire aiuti di Stato) non permette un effettivo riscontro circa l'efficacia delle stesse.

Non è da escludere, tuttavia, che le amministrazioni – tanto centrali, quanto regionali e locali – possano essere indotte ad “abbassare il livello di guardia” rispetto alla corretta esecuzione dei controlli richiesti dalla novella legislativa, consapevoli del successivo intervento ad opera del Dipartimento e, comunque, della responsabilità diretta, a livello europeo, dello Stato, in forza del principio di unitarietà dello stesso⁶².

Anche l'art. 48 della l. n. 234/2012 è stato poi innovato per facilitare e rendere più rapide le procedure di recupero degli aiuti illegali o utilizzati in modo incompatibile, anche perché queste, come noto, hanno sempre rappresentato una grave e sistematica forma di inadempimento del diritto europeo da parte del nostro Paese⁶³. L'art. 35 della legge europea 2015-2016 ha perciò modificato il co. 2 dell'art. 48, definendo i termini per l'avvio delle procedure di recupero e prevedendo la possibilità della nomina di commissari straordinari, in ossequio a quanto previsto dal par. 3.4 del *Common Understanding*⁶⁴.

Così, mentre il testo originario dell'art. 48 prevedeva che, a seguito della notifica di una decisione di recupero, il Ministro competente per materia dovesse individuare – con decreto da adottarsi entro due mesi dalla data di notifica della decisione – i soggetti tenuti alla restituzione dell'aiuto, gli importi dovuti, nonché le modalità e i termini del pagamento, l'attuale testo riduce i termini per l'adozione del decreto a quarantacinque giorni e stabilisce che, nel caso di più amministrazioni competenti, il Presidente del Consiglio dei Ministri (o, nei casi in cui l'ente competente sia diverso dallo Stato, la Regione, la Provincia autonoma o l'ente territoriale competente) debba nominare con proprio decreto, entro quindici giorni dalla data di notifica della decisione di recupero, un commissario straordinario. Tale commissario sarà individuato all'interno delle amministrazioni che hanno concesso gli aiuti oggetto della decisione di recupero o di quelle territorialmente interessate dalle misure e definirà le modalità di attuazione della decisione di recupero⁶⁵. Spetterà quindi al commis-

⁶² *Ex multis*, v. le sentenze della Corte di giustizia del 25 maggio 1982, causa 96/81, *Commissione c. Paesi Bassi*; del 28 maggio 1985, causa 272/83, *Commissione c. Italia*; del 14 giugno 1988, cause riunite 227 e 230/85, *Commissione c. Belgio*; del 13 dicembre 1991, causa C-33/90, *Commissione c. Italia*; del 22 ottobre 1998, causa C-301/95, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*; del 16 gennaio 2003, causa C-388/01, *Commissione c. Italia*; del 18 luglio 2007, causa C-503/04, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*.

⁶³ Si vedano, al riguardo, le osservazioni svolte da P. MORI, *Nuove sanzioni all'Italia per mancato recupero degli aiuti di Stato: Corte di giustizia 17 settembre 2015* (Commissione c. Italia, C-367/14), in www.eurojus.it, 4 ottobre 2015.

⁶⁴ Il primo punto del par. 3.4 del *Common Understanding* prevede, infatti, la necessità di “provide that, in certain cases, the Government could entrust an independent body (i.e. ‘Commissario’) to carry out the recovery”.

⁶⁵ Per un esempio recente, v. il d.P.C.M. 14 novembre 2017, recante “Nomina del commissario straordinario per il recupero degli aiuti di Stato dichiarati illegali con la decisione della Commissione europea C(2015) 5549 final del 14 agosto 2015”, successivamente modificato dal d.P.C.M. 12 aprile 2018, “Modifica al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 14 novembre 2017, concernente la nomina del

sario straordinario, con proprio provvedimento, individuare i soggetti tenuti alla restituzione dell'aiuto, gli importi dovuti e le modalità e i termini del pagamento, entro quarantacinque giorni decorrenti dal decreto di nomina.

Questa nuova previsione sembra poter assicurare una maggiore capacità, oltre che rapidità, di recupero degli aiuti illegali. Ciò non solo perché l'onere di individuare tempi e modi del recupero è affidato a un soggetto a ciò espressamente dedicato, ma anche perché, decentralizzando la nomina del commissario a favore dell'ente competente – e dunque, se del caso, Regioni, Province o enti locali – si delega il recupero a soggetti più vicini al territorio nel quale occorre effettuare il recupero e che si presumono, quindi, maggiormente in grado di individuare i soggetti tenuti alla restituzione.

Infine, tra le più rilevanti novità recentemente introdotte, occorre menzionare l'istituzione, ad opera della legge europea 2014, in osservanza dell'impegno volto ad accrescere la pubblicità e la trasparenza, del "Registro Nazionale degli Aiuti (RNA)" presso la Direzione generale per gli incentivi alle imprese del Ministero dello sviluppo economico.

Il funzionamento del Registro, operativo a partire dal 12 agosto 2017, è disciplinato dal regolamento 31 maggio 2017, n. 115⁶⁶ e dal decreto del Direttore generale per gli incentivi alle imprese⁶⁷ e risponde all'esigenza di istituire uno strumento agile ed efficace per verificare che le agevolazioni pubbliche siano concesse nel rispetto delle disposizioni previste dalla normativa europea, soprattutto al fine di evitare il cumulo dei benefici e, nel caso degli aiuti *de minimis*, il superamento del massimale di aiuto concedibile imposto dall'Unione europea.

Il Registro consente così alle amministrazioni pubbliche e ai soggetti, anche di natura privata, incaricati della gestione di aiuti alle imprese, di effettuare i controlli attraverso il rilascio di "visure" che recano l'elencazione dei benefici di cui il destinatario dell'aiuto abbia già goduto in qualunque settore, nonché l'elenco dei soggetti tenuti alla restituzione di aiuti oggetto di decisione di recupero della Commissione europea (c.d. lista *Deggendorf*)⁶⁸.

Commissario straordinario per il recupero degli aiuti di Stato dichiarati illegali con la decisione della Commissione europea C(2015) 5549 final del 14 agosto 2015".

⁶⁶ Decreto 31 maggio 2017, n. 115, recante "Regolamento recante la disciplina per il funzionamento del Registro nazionale degli aiuti di Stato, ai sensi dell'articolo 52, comma 6, della legge 24 dicembre 2012, n. 234 e successive modifiche e integrazioni".

⁶⁷ Decreto direttoriale 28 luglio 2017, recante "Tracciati relativi ai dati e informazioni da trasmettere al Registro nazionale Aiuti e modalità tecniche e protocolli di comunicazione per l'interoperabilità con i sistemi informatici".

⁶⁸ Ciascun provvedimento che dispone la concessione di aiuti a favore di un'impresa, per avere efficacia, dovrà riportare codici identificativi rilasciati dal Registro, così da poter essere costantemente "tracciato". Il RNA contiene informazioni riguardanti: gli aiuti di Stato autorizzati dalla Commissione o concessi in base ad un regolamento di esenzione; gli aiuti *de minimis* concessi ai sensi del regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti "de minimis"; gli aiuti concessi a titolo di compensazione per i SIEG, ivi compresi quelli *de minimis* ai sensi del regolamento (UE) n. 360/2012 della Commissione, del 25 aprile 2012, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di importanza minore ("de minimis") concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale; i soggetti tenuti alla restituzione degli aiuti dichiarati incompatibili. Per quanto riguarda gli adempimenti relativi agli aiuti di Stato nei

5. I paragrafi precedenti hanno evidenziato come le recenti modifiche legislative e regolamentari abbiano mirato, da un lato, ad attuare la nuova politica di modernizzazione degli aiuti di Stato avviata dalla Commissione europea a partire dal 2012 e, dall'altro, a rafforzare la capacità del nostro Paese di conformarsi alla disciplina europea e di assicurare una più efficiente e uniforme gestione della materia.

In questo paragrafo conclusivo si ritiene opportuno svolgere, alla luce di tali modifiche, alcune riflessioni in merito agli effetti delle stesse sugli equilibri tra i diversi livelli di governo, ovvero tra amministrazioni centrali e amministrazioni "periferiche", ossia regionali, provinciali o territoriali.

Il primo rilievo riguarda la centralizzazione del controllo in capo al Dipartimento per le Politiche europee. Al riguardo, come già in precedenza evidenziato, tale scelta potrebbe, in principio, garantire un più accurato controllo e una maggiore uniformità delle notifiche.

Tuttavia, al tempo stesso, sembrerebbe sussistere il rischio di una generale deresponsabilizzazione da parte delle amministrazioni concedenti aiuti. Queste, infatti, consapevoli dell'esistenza di un successivo vaglio ad opera del Dipartimento, potrebbero essere disincentivate a una corretta gestione dei controlli sulle misure idonee a costituire aiuti, nonostante la previsione di *distinct bodies* e delle altre misure a ciò dedicate. Né parrebbe che l'affermazione legislativa della responsabilità della notifica in capo all'amministrazione che la compie costituisca un effettivo contrappeso. Piuttosto, attribuire un ruolo centrale al Dipartimento, senza prevederne al contempo la relativa responsabilità, rischia di deresponsabilizzare non solo l'amministrazione concedente l'aiuto, come illustrato, ma anche il Dipartimento stesso.

Inoltre, sembrerebbe che a tale disciplina sia quantomeno sotteso il rischio che si allunghino i tempi di *compliance*, a causa del rimbalzo di informazioni tra l'amministrazione concedente gli aiuti che – consapevole del successivo controllo ad opera del Dipartimento – potrebbe limitarsi a svolgere un'approssimativa verifica ai fini della notifica e il Dipartimento stesso che, accertata l'inesistenza o l'inesattezza di alcune informazioni, dovrà formulare osservazioni all'amministrazione firmataria, che a sua volta potrà recepirle o chiedere di procedere comunque alla notifica.

A ciò si aggiunga che, pur essendo prevista la responsabilità (interna) della notifica in capo all'amministrazione concedente, si dubita dell'esistenza di strumenti efficaci a disposizione del Governo centrale atti a evitare la responsabilità statale nei confronti dell'Unione europea (esterna). Il potere sostitutivo statale (in questo caso a carattere successivo, ai sensi dell'art. 41, co. 2) e il diritto di rivalsa dello Stato nei confronti di Regioni, Province autonome, enti territoriali e altri enti pubblici (art. 43), previsti dalla l. n. 234/2012, costituiscono, infatti, degli strumenti attivabili allorché l'inadempimento si sia già realizzato. Inoltre, proprio per quanto riguarda l'esercizio del potere sostitutivo in materia di aiuti pubblici alle imprese, la dottrina ha già rilevato come l'inosservanza regionale non possa essere sempre arginata dallo Stato⁶⁹. Al tempo stesso, per quanto riguarda il potere di rivalsa previsto dall'art. 43,

settori agricolo e forestale, operano i Registri dell'agricoltura e della pesca verso i quali è prevista l'integrazione ed interoperabilità del RNA.

⁶⁹ O. PORCHIA, *Aiuti di Stato in materia ambientale e competenze regionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 873.

occorre ricordare che, dall'entrata in vigore della legge, la norma non è stata quasi mai attuata e che esso non sembra costituire uno strumento effettivo di deterrenza, prima, e di repressione, poi⁷⁰.

Un secondo rilievo in merito alle modifiche introdotte di recente alla legge del 2012 riguarda la maggiore coerenza con l'attuale assetto costituzionale che sembra avere la scelta di affidare la nomina del commissario chiamato ad attuare l'obbligo di recupero degli aiuti illegali non a livello centrale, ma decentrato, per i motivi già sopra esposti.

Tuttavia, dai due principali interventi normativi all'originale impianto della l. n. 234/2012 sopra descritti – quello che attribuisce al Dipartimento per le Politiche europee il ruolo di cabina di regia per le notifiche e quello che affida le operazioni di recupero ad un commissario la cui nomina è decentralizzata a favore dell'ente competente – sembra emergere la mancanza di un disegno unitario e organico della materia. Da un lato, infatti, l'art. 45 centralizza il sistema delle notifiche in capo al Dipartimento mentre, dall'altro lato, l'art. 48 decentralizza la procedura di recupero degli aiuti illegali o incompatibili con il rischio, peraltro, di aumentare i casi di inadempimento in caso di inerzia o di ritardo nella nomina del commissario da parte di Regioni, Province o enti territoriali.

Questa duplice direzione seguita dalle recenti novelle legislative sembra, dunque, poco coerente. Sarebbe forse più opportuno, nonché in linea con gli impegni assunti dal Governo con la Commissione europea, far sì che, anche con riguardo al recupero degli aiuti indebitamente concessi, il Dipartimento per le Politiche europee possa svolgere un ruolo di controllo, peraltro volto a garantire che, dall'inadempimento degli enti di volta in volta competenti in relazione al recupero dell'aiuto, non scaturisca una responsabilità statale, e dunque, a scongiurare l'apertura di procedure di infrazione o addirittura l'adozione di sentenze di condanna.

⁷⁰ Relativamente all'applicazione dell'art. 43 si allude, essenzialmente, al caso che ha visto il Ministero dell'economia e finanze, nel marzo 2016, attivare la procedura di rivalsa a carico delle amministrazioni regionali e locali che hanno causato la condanna dell'Italia (sentenza della Corte di giustizia del 2 dicembre 2014, causa C-196/13, *Commissione c. Italia*) al pagamento di una somma forfettaria e di una penalità semestrale a titolo di sanzione per la mancata attuazione della sentenza del 26 aprile 2007 (causa C-135/05, *Commissione c. Italia*) con cui la Corte di giustizia ha dichiarato l'Italia inadempiente per la cattiva attuazione delle norme in materia di gestione dei rifiuti. Per maggiori dettagli sul caso si veda l'approfondimento *Il primo caso di rivalsa del Governo sulle amministrazioni regionali o locali responsabili di una violazione di norme europee oggetto di sanzioni pecuniarie da parte della Corte di giustizia*, reperibile on line sul sito www.dirittounioneuropea.eu. Per un commento critico in merito alla (scarsa) efficacia del ricorso al diritto di rivalsa, v. C. BERTOLINO, [Art. 43 L. n. 234/2012] *Il diritto di rivalsa dello Stato nei confronti delle Regioni e degli enti locali per violazione del diritto comunitario*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 27 marzo 2013, www.dirittiregionali.it, e la dottrina *ivi* citata. Sostiene invece la funzione deterrente del potere di rivalsa, ma solleva dubbi in merito alle modalità di determinazione del *quantum*, ossia della quota di responsabilità da imputare alle Regioni, O. PORCHIA, *La gestione del contenzioso con l'Unione europea per violazioni imputabili alle regioni: gli strumenti previsti in Italia e Spagna*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 422.

Abstract

Recent Amendments to Law No. 234/2012 on State Aid, between the Centralisation of Controls over Notifications and the Decentralisation of Recovery Procedures

This article examines the amendments recently introduced to Law No 234/2012 regarding State aid in order to improve the Italian institutional and legislative framework, pursuant to the Common Understanding on Strengthening the Institutional Setup for State Aid Control in Italy concluded between the Italian government and the Commission. The article analyses in detail such amendments and draws some reflexions. In particular, it highlights the lack of coherence in the choice of centralising control over State aid notifications and, at the same time, decentralising recovery procedures.

Antonio J. Palma*

Il principio della protezione più estesa nel sistema europeo multilivello di tutela dei diritti umani: per un confronto teorico-pratico tra l'art. 53 della CEDU e l'art. 53 della Carta di Nizza**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Inquadramento teorico-sistematico dell'art. 53 della CEDU e dell'art. 53 della Carta di Nizza: presupposti operativi, ambito di applicazione e *ratio legis*. – 3. L'art. 53 CEDU nella prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 4. L'art. 53 della Carta di Nizza nella prassi della Corte di giustizia. – 5. Per una lettura sistematica dell'art. 53 CEDU e dell'art. 53 della Carta di Nizza: incompatibilità o reciproca continenza giuridica tra le norme che tutelano diritti umani? – 6. Conclusioni.

1. Il fenomeno della protezione multilivello dei diritti umani¹ sembrerebbe divenuto, ormai, una costante nell'esperienza giuridica contemporanea, specie in quella europea. Esso, peraltro, ha portato con sé rilevanti problematiche di coordinamento tra norme diverse, che concorrono nella tutela del medesimo diritto fondamentale.

* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale nella LUISS “Guido Carli” di Roma.

** Il presente contributo è stato ultimato il 12 novembre 2018.

¹ Sul tema della protezione multilivello dei diritti umani fondamentali, con particolare riferimento al contesto europeo, si vedano, *inter alia*, P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004; A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004; A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Milano, 2010; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012; P. VAN ELSUWEGE, *New Challenges for Pluralist Adjudication after Lisbon: the Protection of Fundamental Rights in a Ius Commune Europaeum*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2012, p. 195 ss.; J. KOKOTT, C. SOBOTTA, *Protection of Fundamental Rights in the European Union: on the Relationship between EU Fundamental Rights, the European Convention and National Standards*, in *Yearbook of European Union Law*, 2015, p. 60 ss.; R.G. CONTI, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *Questione Giustizia*, 2016, p. 89 ss.; P. PAROLARI, *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il “dialogo” tra le corti nel disordine delle fonti*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2017, p. 31 ss.

Problematiche che, perciò, investono la gerarchia delle fonti del diritto interno, di quello internazionale ed anche di quello dell'Unione europea.

Più nello specifico, la fase storica di “internazionalizzazione” della tutela dei diritti fondamentali, inaugurata dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948², ha, senz'altro, contribuito ad arricchire e potenziare la protezione di questi ultimi, sul piano internazionale. Tuttavia, tale “internazionalizzazione” ha portato con sé la suesposta concorrenza di una pluralità di fonti, che, per giunta, fanno capo ad ordinamenti giuridici differenti (interno, internazionale e dell'Unione europea).

Peraltro, un recente orientamento dottrinale³ ha mosso dei rilievi critici al fenomeno *de quo*. Quest'impostazione ha stigmatizzato la tutela multilivello dei diritti fondamentali perché, in alcuni casi, essa potrebbe paradossalmente portare non già ad un arricchimento delle salvaguardie del singolo diritto considerato, ma ad un arretramento della tutela garantita. L'A., infatti, ha osservato che le convenzioni internazionali sui diritti fondamentali si rivolgono ad una platea di Stati parti piuttosto ampia ed eterogenea. Esse, pertanto, sono solite disporre dei livelli di protezione minima, degli *standards* basilari inderogabili *in peius* da parte dei Paesi parti. Ebbene, sempre a detta della menzionata dottrina, siffatta impostazione potrebbe svilire, nei casi concreti, la tutela garantita, a detrimento degli ordinamenti nazionali più virtuosi. Infatti, gli organi convenzionali potrebbero “accontentarsi” degli *standards* minimi *de quibus*, invece che prodigarsi per assicurare la massima protezione possibile dei diritti considerati. Tutto questo potrebbe derivare, *in primis*, dalle difficoltà che i suddetti organi di controllo potrebbero incontrare nell'individuare la norma più rispondente alle istanze dell'individuo, vittima di violazioni. Ma tale scelta potrebbe dipendere anche da una “conciliante” volontà politica: non deve escludersi, infatti, che i detti organi di controllo tentino di “andare incontro” agli Stati parti, perseguendone il consenso intorno ad una tutela minima dei diritti considerati. Una protezione basilare, che sia tale da essere garantita un po' da tutti gli ordinamenti nazionali in gioco. E questa soluzione potrebbe indurre gli Stati caratterizzati dalle salvaguardie più avanzate a limitare, piuttosto che ad ampliare, le garanzie attualmente offerte in difesa del singolo diritto considerato. Essi, difatti, a fronte di un controllo internazionale più “permissivo”, potrebbero essere indotti a non approfondire la tutela dei diritti che già garantiscono. Anzi, potrebbero lasciarsi tentare da regolamentazioni più repressive, ben sapendo di non incorrere in violazioni dei propri obblighi internazionali.

Peraltro, fin da tempi relativamente risalenti, i redattori dei principali trattati sui diritti fondamentali hanno preavvertito questi rischi e, così, hanno elaborato apposite norme di coordinamento, variamente denominate, che incorporano il c.d. principio della tutela più estesa.

Esso può essere definito, in via di prima approssimazione, come un vincolo, che ricade tanto sugli Stati parti del trattato di riferimento quanto sugli organi di controllo a quest'ultimo correlati. Tale vincolo preclude l'applicazione della convenzione *de qua* nel caso di specie ove, a livello domestico, risulti garantita una tutela

² Sul punto si veda, per tutti, U. VILLANI, *La Dichiarazione 60 anni dopo*, in U. VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2015, p. 17 ss.

³ Si veda, per tutti, J. MAZZONE, *The Rise and Fall of Human Rights: a Sceptical Account of Multilevel Governance*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2014, p. 929 ss.

superiore del diritto considerato. E ciò vuoi in applicazione di norme interne, vuoi per via della ratifica di ulteriori strumenti internazionali.

Occorre precisare come, in proposito, possa fondatamente parlarsi di un vero e proprio principio, per tale intendendosi “un tipo di norma giuridica che si distingue (...) per il fatto di essere dotato di un elevato grado di genericità e di non essere circostanziato”⁴. Più nello specifico, trattasi di uno di quei “principi generali”⁵ che, da un canto, appaiono desumibili dall’esame complessivo dell’ordinamento internazionale, ovvero di suoi specifici settori; dall’altro, non dettano la disciplina materiale di una determinata fattispecie, ma incidono sull’interpretazione e/o sull’applicazione di altre norme giuridiche internazionali⁶.

In effetti, il principio in parola non regola direttamente un determinato diritto fondamentale né una peculiare fattispecie. Esso, infatti, si limita ad escludere l’operatività di determinate norme internazionali, protettive di un certo diritto umano, al cospetto di una disciplina maggiormente garantista. Perciò, tale principio appare preordinato a disporre in che modo altre norme giuridiche debbano essere interpretate e/o applicate ai casi di specie. D’altronde, come si osserverà nel paragrafo successivo, gli orientamenti dottrinali maturati intorno alla *ratio* delle norme incorporanti il principio *de quo* hanno configurato queste ultime come strumenti per interpretare ed applicare, in varia guisa, altre norme internazionali protettive dei diritti fondamentali. Inoltre, come si specificherà meglio nel paragrafo quinto, il principio appare un *proprium* della tutela multilivello dei diritti fondamentali, a fronte dell’insussistenza di antinomie tra norme protettive del medesimo diritto essenziale. Peraltro, quando qui si fa riferimento ad un vero e proprio principio di protezione più estesa non si intende affermarne una precisa collocazione nel sistema delle fonti del diritto internazionale⁷.

Ora, il primo esempio di una norma di tal fatta è l’art. 53 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (“CEDU”)⁸, al quale hanno fatto seguito numerose e consimili norme internazionali.

⁴ Così R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2014, XV ed., p. 133.

⁵ Da non confondersi con i “principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili” di cui all’art. 38, par. 1, lett. c), dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che vengono desunti dall’esame complessivo degli ordinamenti domestici.

⁶ A proposito di tale categoria di “principi generali”, destinati a condizionare l’interpretazione e/o l’applicazione di altre norme giuridiche internazionali, si vedano E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2012, II ed., p. 128 ss., nonché R. MONACO, C. CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, Torino, 2009, III ed., p. 271 ss. A titolo di esempio, gli Autori fanno riferimento ai principi di proporzionalità, di reciprocità e di buona fede nei trattati internazionali. In ogni caso, per un’ampia discussione intorno a natura, portata, contenuto e funzionamento dei “principi generali” si veda M. CHERIF BASSIOUNI, *A Functional Approach to General Principles of International Law*, in *Michigan Journal of International Law*, 1990, p. 768 ss.

⁷ Autorevole dottrina suggerisce di distinguere la questione dell’esistenza di un “principio generale” da quella della sua natura (consuetudinaria o pattizia). A tal proposito, si veda G. GAJA, *General Principles of Law*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* 2013, p. 21 ss. In ogni caso, questo contributo non intende indagare la supposta natura consuetudinaria del principio della protezione più estesa, peraltro sostenuta da parte della dottrina. A tal fine, si veda quanto riportato da E. CRIVELLI, *Art. 53*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, p. 775.

⁸ L’art. 53 della CEDU – già art. 60, secondo la formulazione previgente – è rubricato “Safeguard for existing human rights” e così dispone: “[n]othing in this Convention shall be construed as limiting or

Tra queste, ad esempio, possono ricordarsi l'art. 32 della Carta sociale europea del 1961⁹, l'art. 5, par. 2, comune ai due Patti delle Nazioni Unite del 1966, l'art. 23 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1979 sull'abolizione delle discriminazioni nei confronti delle donne e l'art. 41 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti del fanciullo. In ogni caso, una delle più significative disposizioni similari all'art. 53 CEDU può essere considerato l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("Carta di Nizza" o "Carta")¹⁰. Esso, peraltro, ha acquisito portata vincolante in virtù dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e del richiamo contenuto nel novellato art. 6 TUE. Questo, infatti, com'è noto, ha conferito all'intera Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Sembrirebbe quasi che il principio della protezione più estesa, variamente articolato in seno all'art. 53 della CEDU ed all'art. 53 della Carta, costituisca una sorta di *trait d'union* tra i due menzionati strumenti convenzionali. Significativo è che questo abbia trovato espressione, con dei caratteri ed una tipizzazione differenti, in due disposizioni dalla numerazione corrispondente.

Il presente contributo intende effettuare uno studio "incrociato" delle menzionate clausole pattizie. Uno studio che illustri sia le scelte normative sottese alla loro redazione, sia gli esiti concreti che la relativa applicazione ha sortito nella prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo ("Corte EDU") e della Corte di giustizia dell'Unione europea ("CGUE"). Ora, un'analisi di tal fatta¹¹ intende evidenziare come il principio della protezione più estesa sia stato applicato in maniera parcellizzata ed asistemica e come, almeno in parte, ne sia stata disattesa la *ratio* originaria, che consiste nell'intento di massimizzare la tutela dei diritti del singolo. Inoltre, questo contributo si ripropone di indicare una via per valorizzare il principio in parola quale metodo di coordinamento – ancorché parziale – tra le varie fonti che concorrono nella disciplina del medesimo diritto fondamentale. Più nello specifico, si chiarirà come tale principio si riferisca non ad una situazione di concorrenza-contraddizione tra norme nella garanzia dello stesso diritto, ma ad un'ipotesi di

derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a party". Per un'analisi, si veda E. CRIVELLI, *op. cit.*, p. 774 ss.

⁹ Oggi art. H della Carta sociale europea revisionata del 1996.

¹⁰ L'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è rubricato "Livello di protezione" e così dispone: "[n]essuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri". Per un'analisi, si vedano R. CONTI, *Art. 53, livello di protezione*, in G. BISOGNI, G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *Carta dei diritti. Casi e materiali*, Taranto, 2009, p. 639 ss., nonché M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI, *Art. 53, livello di protezione*, in S. ALLEGREZZA *et al.* (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 1085 ss.

¹¹ Simili considerazioni si rinvencono in E.A. ALKEMA, RO. VAN DER HULLE, RI. VAN DER HULLE, *Safeguard Rules in the European Legal Order: The Relationship between Article 53 of the European Convention on Human Rights and Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Human Rights Law Journal*, 2015, p. 8 ss.; ma anche in A. RACHOVITSA, *Treaty Clauses and Fragmentation of International Law: Applying the More Favourable Protection Clause in Human Rights Treaties*, in *Human Rights Law Review*, 2016, p. 77 ss., ove, però, il confronto viene effettuato tra l'art. 53 CEDU e l'art. 29, lett. b), della Convenzione americana dei diritti dell'uomo del 1969.

concorrenza-continenza tra le stesse. In altri termini, si illustrerà come le menzionate disposizioni concorrenti non escludano l'una l'applicazione dell'altra, ma siano bensì destinate ad applicarsi simultaneamente al caso di specie. E ciò perché, in realtà, le restrizioni al diritto fondamentale proibite dalla norma "più restrittiva" sono, invece, semplicemente consentite – e non rese obbligatorie – da quella "più permissiva", non sussistendo tra le stesse un'incomponibile antinomia.

Nelle pagine seguenti, dunque, si effettuerà uno studio sistematico delle menzionate clausole di coordinamento, per comprendere la fisionomia normativa del principio cui esse danno corpo. In seguito, si tenterà di chiarire la portata di quest'ultimo e se esso possa essere autonomamente azionato in giudizio da parte degli individui interessati. A tal fine, si cercherà di inquadrarne la genesi, il campo di applicazione e la relativa *ratio legis*. Successivamente, sarà possibile esaminare la prassi sviluppata, sul punto, dagli organi internazionali competenti. Da ultimo, come accennato in precedenza, saranno formulate talune considerazioni personali in merito alle caratteristiche ed alla più corretta lettura operativa del principio in esame.

2. In via di prima approssimazione, può osservarsi come tanto l'art. 53 della Convenzione europea quanto l'art. 53 della Carta, formulati in termini negativi, intendano impedire che i trattati di riferimento pregiudichino la tutela dei diritti dell'uomo garantita dagli ordinamenti interni degli Stati parti, dagli altri accordi internazionali cui questi ultimi partecipino, nonché dal diritto internazionale e da quello dell'Unione europea¹².

In realtà, le due norme presentano una tipizzazione in parte differente: l'art. 53 CEDU impiega un'ampia formulazione nell'esprimere il divieto *de quo*¹³, estendendolo sia alla sfera di interpretazione che a quella di applicazione della Convenzione europea. Inoltre, esso appare preordinato a salvaguardare norme maggiormente protettive dei diritti fondamentali, rinvenibili tanto nelle leggi degli Stati parti, quanto in altri trattati internazionali cui essi partecipino¹⁴.

Invece, l'art. 53 della Carta appare formulato in termini più restrittivi: anzitutto sembrerebbe limitare il divieto in esame alla mera sfera di interpretazione della Carta stessa¹⁵. In secondo luogo, esso, nel fare riferimento alle fonti da salvaguardare, ne circoscrive la portata con l'inciso "in their respective fields of application". Inciso che, come si vedrà, sarà un perno della lettura della norma offerta dalla Corte di giustizia. Da ultimo, l'art. 53 della Carta effettua un più limitato richiamo ai diritti garantiti dagli ordinamenti dei Paesi membri, facendo esclusivamente riferimento alle relative costituzioni e non alla loro legislazione in generale.

Le elencate differenze, comunque, non intaccano l'unitarietà della *ratio* sottesa alle norme in esame: perseguire la massimizzazione della tutela del diritto individuale in gioco, nei casi di specie. Tanto è vero che la disposizione della Carta

¹² Tali ultimi due riferimenti risultano esclusivamente contenuti nell'art. 53 della Carta di Nizza.

¹³ Così il primo inciso dell'art. 53 CEDU: "[n]othing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms".

¹⁴ Così il secondo inciso dell'art. 53 CEDU: "which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a party".

¹⁵ Così il primo inciso dell'art. 53 della Carta (nella versione in lingua inglese): "[n]othing in this Charter shall be interpreted as restricting or adversely affecting human rights and fundamental freedoms".

annovera espressamente la CEDU tra le fonti non pregiudicabili. Viene, così, sancito un legame giuridico tra le norme in parola che, in realtà, è espressione di un più profondo legame tra la Convenzione europea e l'intero ordinamento dell'Unione. Quest'ultimo, infatti, già trova significativa manifestazione nell'attuale par. 3 dell'art. 6 TUE¹⁶. Ora, non è possibile, in questa sede, approfondire tali aspetti né ripercorrere l'intera disciplina dei diritti umani nell'UE¹⁷. Basti, però, tenere presente come l'elaborazione dell'art. 53 della Carta di Nizza abbia costituito occasione per ribadire e rinsaldare l'esposto e consolidato legame. Tanto che esso è stato ulteriormente sottolineato dalle spiegazioni alla Carta, ove, in maniera alquanto laconica, si evidenzia la particolare importanza della Convenzione europea¹⁸.

Siffatto collegamento, poi, non dovrebbe risultare inficiato dalla rubrica dell'art. 53 CEDU. In base a questa, infatti, potrebbe quasi ipotizzarsi che la disposizione salvaguardi esclusivamente l'applicazione di altre norme sui diritti umani, purché preesistenti all'entrata in vigore della Convenzione stessa. Però, com'è stato notato¹⁹, e senza pregiudizio per la *vexata quaestio* del valore giuridico della rubrica, la regola di cui all'art. 53 CEDU non patisce alcuna limitazione temporale. Limitazione che, peraltro, non risulta dalla prassi degli organi di Strasburgo.

Tanto premesso, appare possibile definire con più precisione i consimili presupposti applicativi delle norme *de quibus* ed il loro contesto operativo. Esse, infatti, inquadrano una fattispecie connotata dalla presenza di una pluralità di norme, di diversa origine, che concorrono nella disciplina del medesimo diritto fondamentale. E, a fronte di tanto, le clausole in esame dettano un criterio per individuare la norma più "adatta" a regolare il caso concreto.

D'altronde, a tale situazione di concorrenza normativa non appare applicabile il criterio gerarchico di risoluzione delle antinomie²⁰. In primo luogo, infatti, la concorrenza in parola può verificarsi tra norme desunte da ordinamenti differenti (interne ed internazionali): tra queste non è possibile definire aprioristicamente un rapporto gerarchico. In secondo luogo, poi, essa può riguardare disposizioni che, pur appartenendo al sistema giuridico internazionale, sono da considerarsi equiordinate nella gerarchia delle fonti: difatti, norme consuetudinarie e pattizie sono destinate a derogarsi vicendevolmente a titolo di specialità e non si può, dunque, affermare la prevalenza gerarchica delle une sulle altre. Ne consegue che, in questi casi, le "clausole di coordinamento" di cui all'art. 53 della CEDU ed all'art. 53 della Carta di Nizza introducono un criterio di scelta della norma da applicarsi orientato a privilegiare quella che, nel caso concreto, garantisca la protezione più estesa del diritto considerato.

Occorre, però, svolgere qualche ulteriore considerazione per meglio definire il campo di applicazione del principio in discussione. Com'è stato osservato da

¹⁶ Il quale così dispone: "[i] diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

¹⁷ Per la qual cosa si rinvia a U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, V ed., p. 48 ss.

¹⁸ Si vedano le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 14 dicembre 2007.

¹⁹ Si veda E.A. ALKEMA, RO. VAN DER HULLE, RI. VAN DER HULLE, *op. cit.*, p. 9.

²⁰ Si veda R.G. CONTI, *Il sistema di tutela multilivello*, cit., p. 93 ss.

autorevole dottrina²¹, il criterio di coordinamento *de quo* non può operare allorché la maggior tutela di un diritto fondamentale comporti la lesione di un altro diritto essenziale di un individuo diverso. In altri termini, quando le norme concorrenti di cui *supra* proteggono una posizione soggettiva bilanciabile con un'altra, spettante ad un diverso titolare, la maggior tutela dell'una comporterebbe irrimediabilmente la violazione del diritto contrapposto²². Ciò dovrebbe rendere inoperanti le clausole di coordinamento *de quibus*.

Queste, peraltro, non possono applicarsi anche ove a contrapporsi siano un diritto individuale ed altri valori percepiti come determinanti in certi contesti sociali. In tali ipotesi, al contrario, bisognerebbe individuare un punto di equilibrio tra le istanze contrapposte, ponderando gli interessi in gioco. Perciò, in questi casi, invece delle clausole di coordinamento in analisi, sembrerebbero soccorrere altri istituti, quali il margine di apprezzamento statale²³, il principio di proporzionalità²⁴ ed il bilanciamento costituzionale, che, però, non è possibile approfondire ulteriormente in questa sede.

Allo stesso modo, le clausole di coordinamento non possono operare lì dove la tutela del diritto fondamentale considerato sia assistita da una norma di *ius cogens*. Ora, sia che si intenda quest'ultimo in senso "tradizionale", quale complesso di norme a presidio dei fondamenti della Comunità internazionale²⁵, sia che lo si identifichi alla stregua di una mera tecnica giuridica, non necessariamente correlata al c.d. "ordine pubblico internazionale"²⁶, caratteristica essenziale delle norme *de quibus* è, senz'altro, la relativa inderogabilità. Caratteristica che, sostanzialmente,

²¹ Si veda U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 58 s.

²² Si pensi, ad esempio, proprio come suggerito dall'A. di cui alla nota precedente, alla contrapposizione tra il diritto alla riservatezza e quello all'informazione.

²³ Sul punto si vedano, *inter alia*, R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 571 ss.; H. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, L'Aja, 1996; J. SCHOKKENBROEN, *The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, p. 30 ss.; O. GROSS, F. NI AOLAÍN, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2001, p. 625 ss.; J. KRATOCHVÍL, *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, p. 324 ss.; C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 787 ss.

²⁴ Sul principio di proporzionalità *sic generaliter* si veda, per tutti, E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nel diritto internazionale*, Milano, 2000.

²⁵ Si veda, per tutti, N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2016, V ed., p. 177, che afferma: "[l]e norme cogenti proteggono diritti fondamentali dell'ordinamento internazionale e costituiscono le basi fondamentali dell'attuale Comunità internazionale".

²⁶ È questa l'impostazione di R. KOLB, *Théorie du Ius Cogens International*, in *Revue Belge de Droit International*, 2003, p. 5 ss., nonché – e con maggiori approfondimenti – *Théorie du Ius Cogens International. Essai de Lecture du Concept*, Genève, 2015, p. 169 ss. Quivi l'A. concepisce lo *ius cogens* come una mera tecnica giuridica, consistente nell'effetto di inderogabilità di una determinata norma. Tale effetto discenderebbe esclusivamente dall'esigenza di prevenire la frammentazione di determinati regimi giuridici internazionali e non sarebbe necessariamente correlato a norme di "ordine pubblico", espressive dei fondamenti della Comunità internazionale. Peraltro, a tal fine, l'A. istituisce un parallelo tra lo *ius cogens* internazionale ed il diritto domestico inderogabile. Non è comunque possibile, in questa sede, approfondire ulteriormente l'esame di questa teoria.

non viene revocata in discussione da alcuno, come, d'altronde, rilevato dallo *special rapporteur* Dire Tladi della Commissione per il diritto internazionale²⁷. Tali norme, dunque, non ammettono deroga alcuna: né *sub specie* di pattuizione difforme, né quale sospensione durante uno stato di emergenza²⁸. Ciò implica che un diritto protetto da norma cogente gode di una protezione assoluta, non potendo essere bilanciato né con altri diritti individuali, né con differenti istanze pubblicistiche: esso, pertanto, non conosce diversi livelli di tutela. Ciò preclude l'applicazione delle clausole di coordinamento *de quibus*²⁹.

Alla luce di tanto, può desumersi che il principio della protezione più estesa di cui all'art. 53 della CEDU ed all'art. 53 della Carta potrà operare solo allorché un diritto fondamentale, protetto da norme concorrenti, si contrapponga ad istanze meramente pubblicistiche. Si pensi ai casi in cui uno Stato sia autorizzato, a certe condizioni, a restringere un diritto fondamentale per esigenze di ordine pubblico, sicurezza pubblica *etc.* Queste ultime risulteranno, dunque, sacrificabili per perseguire la massimizzazione della tutela della posizione soggettiva *de qua*. Ed in ciò può cogliersi la scelta giuridica, sottesa al principio in esame, che privilegia le istanze dell'individuo rispetto agli interessi dello Stato.

Sulla base di tali considerazioni appare possibile indagare la *ratio legis* sottesa alle clausole di coordinamento in discorso. La dottrina ha espresso, sul punto, molteplici orientamenti. Peraltro, questi sono maturati anche in base all'esame di norme ulteriori rispetto a quelle qui in oggetto, ma egualmente riportabili al principio della protezione più estesa: le relative osservazioni, dunque, sono estensibili anche alle clausole di coordinamento "europee".

Secondo un primo orientamento³⁰, le norme *de quibus* fungerebbero da mere regole interpretative vincolanti degli accordi di riferimento, senza incidere sulla loro sfera applicativa.

Una seconda scuola di pensiero³¹, invece, ha qualificato l'art. 53 CEDU come un criterio interpretativo in deroga rispetto alle regole all'uopo codificate dalla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati. Più in particolare, esso costituirebbe un progressivo sviluppo della protezione internazionale dei diritti umani.

²⁷ A tal fine si veda il rapporto dell'8 marzo 2016, *First report on ius cogens by Dire Tladi, special rapporteur*, UN doc. A/CN.4/693, p. 61 ss., reperibile *online*.

²⁸ La distinzione tra le due tipologie di deroga è ben colta da A. ORAKHELASHVILI, *The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions*, in *European Journal of International Law*, 2005, p. 59 ss. ed, in particolare, p. 64 ss.; nonché *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006, p. 53 ss. L'A., però, giunge, agli esiti della propria disamina, alla conclusione, alquanto radicale, che tutte le norme internazionali sui diritti umani appartengano alla sfera dello *ius cogens*. Conclusione che, nella sua portata assoluta ed estremizzante, non si ritiene di poter condividere.

²⁹ Si pensi, ad esempio, al divieto di tortura e di altre pene o trattamenti inumani e degradanti, il quale non può essere sottoposto ad alcun tipo di limitazione *ratione materiae, temporis aut personarum* e che, dunque, si dimostra assoluto.

³⁰ Si veda A.A. CANÇADO TRINDADE, *The Inter-American Human Rights System and the Dawn of the New Century: Recommendations for the Improvement of Its Mechanisms of Protection*, in D.J. HARRIS, S. LIVINGSTONE (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, 1998, p. 400 ss.

³¹ Si veda E. DECAUX, *Article 60*, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dirs.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme: Commentaire Article par Article*, Paris, 1999, II ed., p. 900 ss.

E tale impostazione sembrerebbe riscuotere consenso da parte di chi ha similmente configurato la norma in parola alla stregua di un “*principle of precedence*”³².

Un’ulteriore lettura³³, poi, pone l’accento sul momento applicativo delle norme sui diritti fondamentali: essa inquadra le clausole di coordinamento in guisa di criteri di risoluzione di antinomie normative, alternativi ai tradizionali parametri cronologico, gerarchico e di specialità.

Secondo altra impostazione³⁴, invece, non si appalesa un vero e proprio conflitto tecnicamente inteso tra norme che proteggono il medesimo diritto fondamentale, giacché esse fisserebbero semplicemente degli *standards* difformi di tutela.

Un orientamento più recente³⁵, peraltro, ritiene che le norme in parola impongano agli operatori giuridici interni il duplice obbligo di identificare la disposizione più garantista ed applicarla al caso concreto. Tanto che le clausole *de quibus* costituirebbero regole di precedenza, intese a risolvere più o meno conclamati conflitti normativi. *In secundis*, con riguardo agli organi internazionali di supervisione, le norme in analisi fungerebbero da mere regole interpretative: come tali, esse sarebbero inidonee a giustificare l’applicazione di altre disposizioni estranee al trattato di riferimento. Quest’ultime, tra l’altro, rimarrebbero comunque inapplicabili *ratione materiae*.

Al di là delle differenze tra queste sistemazioni teoriche, preme evidenziare come esse presentino taluni profili comuni. Infatti, tali scuole di pensiero riferiscono l’art. 53 della CEDU e l’art. 53 della Carta, nonché le disposizioni affini, ad una situazione di concorrenza di una pluralità di norme, internazionali od interne, nella tutela del medesimo diritto fondamentale. A fronte, poi, della menzionata concorrenza, le clausole di coordinamento detterebbero un criterio selettivo per individuare la norma logicamente e legittimamente applicabile al caso di specie. L’operatività di tale criterio, peraltro, presupporrebbe, in primo luogo, l’incompatibilità reciproca delle menzionate norme concorrenti. Incompatibilità che viene solitamente concepita come una vera e propria antinomia normativa. In secondo luogo, essa postulerebbe che al caso di specie sia correttamente e lecitamente applicabile una ed una sola tra le menzionate disposizioni concorrenti, ad esclusione di tutte le altre.

In ogni caso, e prima di svolgere qualche rilievo critico sul punto, appare, comunque, necessario esaminare la rilevante prassi della Commissione e della Corte EDU, nonché della CGUE.

3. Non appare possibile, in questa sede, esaminare dettagliatamente tutte le pronunzie della Corte europea concernenti l’art. 53 CEDU³⁶. Peraltro, esse dimostrano un atteggiamento alquanto ondivago, che non consente di ricostruire indirizzi

³² Si veda E.A. ALKEMA, *The Enigmatic No-Pretext Clause: Article 60 of the European Convention on Human Rights*, in J. KLABBERS, R. LEFEBER (eds.), *Essays on the Law of the Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, Leida, 1998, p. 41, nonché M. HEYMAN, *Unity and Diversity with Regard to International Treaty Law*, in A. ZIMMERMANN, R. HOFFMANN (eds.), *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, 2006, p. 134.

³³ Si veda K. WOLFRAM, *Treaties, Conflict between*, in R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopaedia of Public International Law*, Amsterdam, 1984, p. 472.

³⁴ Si veda J. KLABBERS, *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge, 2009, p. 34.

³⁵ Si veda A. RACHOVITSA, *op. cit.*, p. 82 s.

³⁶ Per la qual cosa si rimanda a E. CRIVELLI, *op. cit.*, p. 774 ss.; A. RACHOVITSA, *op. cit.*, p. 83 ss.; E.A. ALKEMA, RO. VAN DER HULLE, RI. VAN DER HULLE, *op. cit.*, p. 10 ss.

giurisprudenziali ben definiti. In ogni caso, per analizzare quantomeno le pronunzie più rilevanti ai nostri fini, converrà ripartire la trattazione in due momenti distinti, a seconda che l'art. 53 abbia trovato applicazione (o meno) in riferimento ai rapporti tra la Convenzione ed il diritto interno e tra questa ed altri strumenti internazionali.

Con riguardo al primo gruppo di sentenze, sembrerebbe opportuno richiamare le considerazioni svolte, in merito alla clausola di coordinamento *de qua*, nell'ambito della risalente sentenza resa sul caso *Handyside c. Regno Unito*. Qui la Corte ha asserito che "the Convention, as is shown especially by its Article 60 [oggi art. 53], never puts the various organs of the Contracting States under an obligation to limit rights and freedoms it guarantees"³⁷.

Non può dimenticarsi, poi, il legame intercorrente tra la clausola ed il principio di sussidiarietà, sul quale si fonda l'intero meccanismo di protezione stabilito dalla Convenzione. Tale legame è stato esaminato dalla Corte nella sentenza resa sul caso *Partito comunista unificato di Turchia ed altri c. Turchia*, ove essa ha rilevato che "though its system of collective enforcement of the rights it establishes (...), the Convention reinforces, in accordance with the principle of subsidiarity, the protection afforded at national level, but never limits it (Article 60 of the Convention)"³⁸.

Ora, al di là di siffatte prese di posizione teoriche in merito al principio della protezione più estesa di cui all'art. 53 CEDU, la Corte, come premesso, ha dimostrato un atteggiamento alquanto incostante nell'applicazione concreta di quest'ultimo. Sempre con riferimento all'interazione tra Convenzione europea ed ordinamenti interni, può segnalarsi la sentenza resa dal *plenum* della Corte sul caso *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*³⁹. Deve, peraltro, avvertirsi che, nella pronunzia in parola, la Corte ha evitato di occuparsi direttamente dell'art. 53 e ciò perché si verteva in un caso cui questo, come si vedrà, non può ritenersi applicabile. Ciononostante, essa denota alcuni profili di interesse che ne rendono opportuna la trattazione. Vi si faceva questione della conformità all'art. 10 CEDU di talune ordinanze domestiche che impedivano di acquisire informazioni sulla possibilità di praticare un'interruzione forzata di gravidanza all'estero. Ebbene, il governo convenuto allegava, *inter alia*, che quest'ultime e, più in generale, l'intero ordinamento irlandese, garantissero, rispetto alla CEDU, la maggior tutela dei diritti del concepito, assenti nel trattato, ma salvaguardati nella Costituzione domestica. Ora, la Corte ha accertato la violazione del menzionato art. 10 da parte non delle ordinanze in sé, ma dell'intera e pertinente legislazione domestica. Tuttavia, ha evitato di prendere posizione in merito al punto della maggior tutela del nascituro, come, peraltro, evidenziato in talune opinioni dissenzienti allegate alla sentenza *de qua*⁴⁰. Il principio della protezione più estesa, dunque, non ha trovato applicazione. In ogni caso, come osservato in precedenza, la pronunzia in parola dovrebbe ritenersi, tutto sommato, corretta. Essa, infatti, piuttosto che attenere alla questione dei diversi

³⁷ Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, p. 54, reperibile *online*, siccome tutte le pronunzie della Commissione e della Corte EDU.

³⁸ Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 gennaio 1998, *Partito comunista unificato di Turchia ed altri c. Turchia*, par. 29.

³⁹ Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 29 ottobre 1992, *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, par. 64 ss.

⁴⁰ Si vedano l'opinione dissenziente del giudice Blayney e l'opinione separata del giudice Meyer, allegate alla sentenza generalizzata nella nota precedente.

standards di tutela del medesimo diritto, sembrerebbe concernere il bilanciamento tra diritti contrapposti di due (teorici) titolari differenti: la donna intenzionata ad abortire ed il concepito. Tanto, per le ragioni di cui *supra*, trascende la sfera applicativa del principio qui in analisi.

Ancora, in seno alla sentenza resa sul caso *Okyay ed altri c. Turchia*, la Corte ha richiamato espressamente l'art. 53 CEDU per fornire un'interpretazione estensiva del concetto di "civil right" enucleato dall'art. 6: essa ha osservato che "the concept of a 'civil right' under Article 6, para.1 cannot be construed as limiting an enforceable right in domestic law within the meaning of Article 53 of the Convention"⁴¹.

Ma le interrelazioni tra l'art. 6 CEDU e la clausola di cui all'attuale art. 53 sono state indagate anche nella risalente sentenza resa sul caso *Delcourt c. Belgio*. Quivi, la Corte ha osservato che "article 6 para. 1 (...) of the Convention does not, it is true, compel the Contracting States to set up courts of appeal or of cassation. Nevertheless, a State which does institute such courts is required to ensure that persons amenable to the law shall enjoy before these courts the fundamental guarantees contained in Article 6"⁴². Così, l'istituzione domestica di organi giurisdizionali di seconda o terza istanza è stata qualificata come una forma di maggior tutela del diritto ad un processo equo, rispetto a quella basilare offerta dell'art. 6 CEDU. Peraltro, non mancano ulteriori prese di posizione della Corte in merito alle interrelazioni tra quest'ultima norma e la clausola di coordinamento *de qua*⁴³: non pare, però, possibile discuterne dettagliatamente in questa sede.

Interessante sembrerebbe, poi, anche la sentenza emanata dalla prima sezione della Corte sul caso *Leempoel ed S.H. ED. Ciné Revue c. Belgio*⁴⁴. Qui i ricorrenti allegavano la violazione congiunta dell'art. 10 e dell'art. 53 CEDU: ciò poiché il governo convenuto non aveva applicato, nella fattispecie concreta, una norma costituzionale belga, ritenuta maggiormente garantista rispetto alla disciplina convenzionale. Ora, senza approfondire i contenuti *de facto* di tale sentenza, deve rilevarsi che, com'è stato notato⁴⁵, la Corte non ha specificamente affrontato la questione, poiché aveva preventivamente accertato una violazione autonoma dell'art. 10 CEDU. Tuttavia, non ha dismesso la doglianza in punto di legittimità. Se ne può desumere che, in caso contrario, essa avrebbe, con ogni probabilità, esaminato la questione, senza respingerla quale inammissibile, come pure si è verificato in una pluralità di occasioni⁴⁶.

⁴¹ Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 17 luglio 2005, *Okyay ed altri c. Turchia*, par. 68.

⁴² Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 17 gennaio 1970, *Delcourt c. Belgio*, par. 25.

⁴³ Si veda, per tutti, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 gennaio 2008, *Micallef c. Malta*, par. 44, ove questa, trattando dei procedimenti giurisdizionali cautelari, ha rilevato che "through its system of collective enforcement of the rights it establishes, the Convention reinforces, in accordance with the principle of subsidiarity, the protection afforded at national level (...), but never limits it (Article 53 of the Convention)" e che, dunque, "the Court does not countenance the view that human rights protection in any particular area should be weaker in Strasbourg than it is in domestic tribunals".

⁴⁴ Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 novembre 2006, *Leempoel ed S.H. ED. Ciné Revue c. Belgio*, paragrafi 86-87.

⁴⁵ Si veda A. RACHOVITSA, *op. cit.*, pp. 98-99.

⁴⁶ Si vedano le decisioni d'inammissibilità della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 maggio 2007, *Volosiuik c. Ucraina*; del 22 febbraio 2006, *Iliev c. Bulgaria*; del 19 ottobre 2004, *Iakovlev c.*

Ancor più incerta sembrerebbe, poi, la prassi inerente il secondo insieme di questioni problematiche in discussione: la ricerca del livello di tutela più elevato ove siano in gioco, oltre alla CEDU, anche altre norme internazionali. In ipotesi di tal fatta, come si vedrà, gli organi di Strasburgo hanno tendenzialmente evitato di addentrarsi nell'applicazione dell'art. 53: a volte essi hanno respinto i ricorsi in punto di legittimità; in altri casi hanno semplicemente preferito non esprimersi sulla questione. Quanto al primo profilo, la Commissione ha negato che la clausola di coordinamento le conferisse titolo ad esaminare ricorsi individuali ove si invocava la violazione di altri strumenti internazionali protettivi dei diritti fondamentali, quali la Carta sociale europea ed il Patto sui diritti economici, sociali e culturali. Tali ricorsi, dunque, sono stati respinti in punto di legittimità, in quanto irricevibili *ratione materiae*⁴⁷.

Quanto, invece, alla seconda tendenza, talvolta la Corte EDU ha richiamato in via interpretativa altri strumenti sui diritti umani per corroborare le proprie argomentazioni. Però, non ha fatto esplicita menzione dell'art. 53 e, dunque, della necessità di garantire, nel caso di specie, la protezione più estesa del diritto essenziale considerato. Ad esempio, nell'ambito della sentenza resa sul caso *Soering c. Regno Unito*⁴⁸, la Corte si è appellata, *inter alia*, all'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 ed all'art. 4 della Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo del 1969. E ciò per stabilire in quali ipotesi gli Stati parti fossero implicitamente obbligati a non estradare un individuo verso un Paese ove questi rischiasse fondatamente di essere sottoposto a violazioni dell'art. 3 della Convenzione⁴⁹. In questo caso la Corte non ha menzionato espressamente l'art. 53. Tuttavia, essa si è dimostrata consapevole del fenomeno di concorrenza normativa qui in esame: conscia, pertanto, delle difficoltà ricostruttive conseguenti, ha preferito evitare di addentrarsi nella questione della maggior tutela.

Peraltro, tale tendenza a richiamare siffatti strumenti internazionali *ad adiuvandum*, senza applicare direttamente l'art. 53, parrebbe aver trovato un proprio "estremo" sviluppo, in tempi più recenti, nella sentenza resa dalla Grande Camera sul caso *Hassan c. Regno Unito*⁵⁰. Quivi, la Corte ha accertato la conformità all'art. 5 CEDU di una forma di detenzione amministrativa sfornita di adeguate garanzie procedurali e processuali e non ascrivibile alle ipotesi contenute nella menzionata norma. Per giunta, tale detenzione era stata posta in essere in difetto di un'apposita istituzione del regime emergenziale *ex art. 15 CEDU*. Ora, nel caso di specie, la

Russia; nonché la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 14 dicembre 2006, *Martynov c. Ucraina*. In tutti questi casi, i ricorrenti avevano invocato l'art. 53 CEDU *ad adiuvandum* rispetto alla violazione di altri diritti convenzionali. Tuttavia, la Corte ha puntualmente risposto con pronunzie d'inammissibilità.

⁴⁷ Sul punto si veda E. CRIVELLI, *op. cit.*, p. 776.

⁴⁸ Si veda la Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, par. 108.

⁴⁹ Sul punto si veda E. CRIVELLI, *op. cit.*, p. 777.

⁵⁰ Si veda la Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 settembre 2014, *Hassan c. Regno Unito*, par. 65 ss. Sul punto ne sia consentito rimandare ad A.J. PALMA, *Il caso Hassan c. Regno Unito: CEDU, art. 15, diritto internazionale umanitario e la ricerca di un commodus discensus tra antinomie normative e stato di eccezione*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, p. 111 ss.; nonché ad E. SOMMARIO, *Sull'applicazione concorrente della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del diritto internazionale umanitario: il caso "Hassan"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 210 ss.

Corte intendeva fornire un'interpretazione armonizzatrice tra la norma in parola e le disposizioni del diritto internazionale umanitario, contenute nelle quattro Convenzioni di Ginevra e nei correlati Protocolli addizionali. Così, ha considerato convenzionalmente legittima la suesposta misura di restrizione della libertà personale, proprio in quanto ammessa dalle norme umanitarie. In altri termini, sembrerebbe che la Corte abbia applicato il criterio di specialità nella ricostruzione dei rapporti tra la CEDU ed il diritto umanitario. Essa, infatti, ha dato preminenza a quest'ultimo, autorizzando limitazioni della libertà personale proibite dall'art. 5 CEDU, in spregio della clausola di coordinamento di cui all'art. 53 che, al contrario, avrebbe postulato l'applicazione della norma convenzionale, in quanto più garantista. In buona sostanza, nel caso di specie la Corte ha ignorato il principio della protezione più estesa, in nome di un'interpretazione armonizzatrice che dissimula la prevalenza del diritto umanitario sulla CEDU a titolo di specialità.

Dall'esame ora svolto sembrerebbe che il principio della protezione più estesa, incorporato nell'art. 53 CEDU, abbia rinvenuto un'applicazione piuttosto ambigua⁵¹. Per quanto esso sia stato invocato in alcune occasioni, la Commissione e la Corte europea non si sono mai sentite veramente tenute ad assumere una posizione definita sulla questione. Al contrario, esse hanno sovente respinto in punto di legittimità quei ricorsi in cui si invocava tale principio. Mentre, in altre occasioni, siffatti organi si sono appellati al principio *de quo* per sostenere, *ad adiuvandum*, talune delle loro tesi. In altre circostanze ancora, la Corte EDU ha deliberatamente ignorato quest'ultimo, giungendo financo a violarlo nella suesposta sentenza *Hassan c. Regno Unito*. La confusione giurisprudenziale che emerge sul punto non permette, quindi, di ricostruire indici interpretativi ed applicativi particolarmente certi in merito all'art. 53 CEDU ed al suo funzionamento.

4. Ancor più esigua, rispetto all'illustrata prassi elaborata intorno all'art. 53 CEDU, appare quella conformata dalla Corte di giustizia, con riguardo all'art. 53 della Carta. In ogni caso, se ne potrà evincere un orientamento unitario e più strutturato, anche se *aliqua ex parte* deludente nei suoi risvolti concreti.

Ora, non pare opportuno esaminare qui le pronunzie della Corte di Lussemburgo redatte prima che la Carta entrasse in vigore e che riguardavano la questione dei diversi livelli di tutela⁵². Sembrerebbe, perciò, necessario prendere le mosse dalla sentenza resa in via pregiudiziale dalla CGUE sul caso *Melloni*⁵³, ritenuta il fulcro argomentativo della sua lettura dell'art. 53 in parola.

⁵¹ Si veda E.A. ALKEMA, RO. VAN DER HULLE, RI. VAN DER HULLE, *op. cit.*, p. 12.

⁵² Ivi, p. 13 s.

⁵³ Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscale*, punto 55 ss. Per un commento, si vedano T.E. EPIDENDIO, *Il caso Melloni: il nodo irrisolto del massimo standard di tutela dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 451 ss.; F. VECCHIO, *I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, ivi, p. 454 ss.; M. HALMHOFER, J. HARTLIEB, *Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Recent Developments*, in *European Yearbook of Human Rights*, 2014, p. 149 ss.; M. SAFJAN, *Le Dilemme de l'Application des standards Plus Élevés de Protection des Droits Fondamentaux sous le Prisme de l'Identité Constitutionnelle*, in A. TIZZANO et al. (dirs.), *La Cour de Justice de l'Union Européenne sous la Présidence de Vassilios Skouris (2003-2015)*, Bruxelles, 2015, p. 545 ss.; E.A. ALKEMA, RO. VAN DER HULLE, RI. VAN DER HULLE, *op. cit.*, p. 14 s.

Il caso in questione concerneva un cittadino italiano, residente in Spagna, che era stato penalmente processato e condannato *in absentia*, proprio in Italia. Contro di lui, agli esiti del procedimento in parola, era stato emanato un mandato d'arresto europeo, in base alla relativa decisione-quadro del Consiglio⁵⁴. Ora, questi, a seguito dell'autorizzazione all'extradizione in Italia, aveva esperito un *recurso de amparo* presso il *Tribunal Constitucional de España*, lamentando la violazione dell'art. 24, par. 2, della Costituzione spagnola, come interpretato dal menzionato Tribunale. Tale norma domestica, nel garantire il diritto ad un processo equo, vieta l'extradizione di un condannato in contumacia se questi non ha diritto, nel Paese di destinazione, alla riapertura del relativo procedimento penale. Tuttavia, l'art. 4(a) della suesposta decisione-quadro consentiva di rifiutare l'extradizione solo qualora il condannato *in absentia* non avesse avuto notizia della procedura pendente a suo carico. Cosa che, nel caso di specie, non si era verificata, visto che il sig. Melloni era stato edotto del procedimento e si era fatto per giunta difendere in giudizio da avvocati italiani. A fronte di tanto, il Tribunale Costituzionale spagnolo aveva sollevato, presso la CGUE, una triplice questione pregiudiziale: esso aveva domandato in che modo andasse interpretato il menzionato art. 4(a) della decisione-quadro⁵⁵, se questo potesse ritenersi coerente con il diritto ad un processo equo di cui agli articoli 47 e 48 della Carta di Nizza e, da ultimo, se esso fosse conforme al principio della protezione più estesa, sancito dall'art. 53 dello strumento in analisi.

Ora, tralasciando le prime due questioni⁵⁶, bisogna evidenziare come la Corte abbia sposato l'interpretazione contraria alle guarentigie costituzionali spagnole, fornendo una lettura molto rigorosa dell'art. 53 della Carta. Una lettura che, facendo leva sull'inciso "in their respective fields of application", sembrerebbe essersi spinta molto oltre l'impianto testuale della norma. Più nello specifico, l'applicazione della disposizione *de qua* è stata condizionata al rispetto del principio del primato del diritto dell'Unione europea e della sua unitarietà ed effettività. Tali principi, altrimenti, sarebbero stati violati, in primo luogo, perché la Spagna avrebbe potuto invocare una norma costituzionale domestica per sottrarsi al rispetto di una disciplina dell'UE; in secondo luogo, poiché ciò avrebbe creato un sistema "a geometria variabile", tale da pregiudicare il principio della "mutual trust" sotteso alla decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo⁵⁷.

⁵⁴ Si veda la decisione-quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo, come modificata dalla decisione-quadro 2009/299/GAI del Consiglio del 26 febbraio 2009.

⁵⁵ Più precisamente, se questo dovesse essere interpretato come preclusivo della possibilità di subordinare l'extradizione di un condannato in contumacia alla riapertura del relativo procedimento penale, presso il Paese di destinazione.

⁵⁶ La Corte di giustizia ha non solo ritenuto che l'art. 4(a) della decisione-quadro non potesse essere letto nel senso di autorizzare l'extradizione *de qua* subordinatamente alla riapertura del procedimento penale, ma ha anche ritenuto siffatta interpretazione conforme al diritto ad un processo equo, quale garantito dalla Carta di Nizza.

⁵⁷ Il divieto di estradizione per condannati *in absentia* in mancanza di meccanismi di riapertura del processo nel Paese di destinazione costituisce un *proprium* dell'ordinamento costituzionale spagnolo e di pochi altri. Perciò, se, nel caso di specie, fosse stata autorizzata l'applicazione della tutela più estesa, si sarebbe creato, in Europa, un sistema asimmetrico di guarentigie processuali, tale da pregiudicare l'uniforme operatività del mandato d'arresto europeo.

In buona sostanza, ed anche sulla scorta delle conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot⁵⁸, la Corte ha delimitato il campo di applicazione dell'art. 53, distinguendo una duplice ipotesi operativa: quella in cui la disciplina europea, anche derivata, del caso di specie sia completa ed esaustiva, e quella in cui essa richieda un'attuazione da parte degli Stati membri, così lasciando loro un certo margine di discrezionalità. Nel primo caso, l'art. 53 opererebbe nel senso di stabilire una sorta di presunzione *iuris et de iure* di massimizzazione della tutela. In altri termini, la massima protezione possibile del diritto fondamentale considerato sarebbe automaticamente ed immediatamente garantita dalla completa ed esaustiva disciplina europea della fattispecie. Nel secondo caso, invece, la clausola di coordinamento vieterebbe agli Stati di esercitare la suesposta discrezionalità per pregiudicare lo *standard* di tutela assicurato dalla Carta.

In altri termini, a detta della Corte, se la disciplina europea del caso di specie è completa, allora l'art. 53 fa presumere in via assoluta che la massima tutela possibile del diritto considerato sia già pienamente garantita. Se, invece, tale regolamentazione lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità attuativa, allora esso opererà in una prospettiva funzionale "invertita": non sarà più la Carta a non dover pregiudicare norme più garantiste, ma saranno gli Stati, nell'esercizio di questa discrezionalità, a non dover compromettere lo *standard* assicurato da quest'ultima.

In definitiva, nella sentenza *Melloni*, la CGUE ha piegato il criterio selettivo sotteso all'art. 53, tendente alla massimizzazione della tutela, alla salvaguardia del primato, dell'unità e dell'effettività dell'ordinamento dell'Unione. Così, la clausola di coordinamento è stata configurata alla stregua di una sorta di "norma di chiusura del sistema". Norma intesa a garantire la tenuta dell'ordinamento dell'UE, impedendo ai Paesi membri, qualora dotati di residui spazi di discrezionalità attuativa, di pregiudicare i contenuti della Carta di Nizza ed i principi del primato, dell'unitarietà e dell'effettività del diritto dell'UE.

Anche la restante giurisprudenza della Corte di giustizia avvalora questa lettura. Pronuncia emblematica, a tal fine, sembrerebbe quella emessa, in pari data rispetto alla suesposta sentenza *Melloni*, sul caso *Åklagaren c. Åkerberg Fransson*⁵⁹. Questa, d'altro canto, concerneva la compatibilità con l'art. 50 della Carta (principio *ne bis in idem*) dell'ordinamento svedese, il quale colpiva con una duplice sanzione – tributaria e penale – certi comportamenti lesivi della disciplina dell'imposta sul valore aggiunto. In seno a tale sentenza, resa in via pregiudiziale, la Corte ha osservato che "quando un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli *standards* nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione"⁶⁰. Dunque, la Corte ha asserito anzitutto

⁵⁸ Si vedano le conclusioni del 2 ottobre 2012, causa C-399/11, *Melloni*, p. 88 ss.

⁵⁹ Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, punto 12 ss.

⁶⁰ Ivi, p. 29.

che la presenza di una regolamentazione europea completa ed esaustiva del caso di specie, riflettendo il consenso degli Stati membri, garantisce già per sé stessa la massimizzazione della tutela dei diritti rilevanti⁶¹. Tanto premesso, essa ha chiarito l'operatività dell'art. 53 della Carta nelle ipotesi in cui l'intervento normativo europeo lasci agli Stati membri un certo margine di discrezionalità attuativa. In tal caso, questi potranno esercitare la citata discrezionalità, purché non pregiudichino gli *standards* garantiti dalla Carta. La clausola di coordinamento *de qua*, pertanto, appare, ancora una volta, funzionare più quale norma di chiusura dell'ordinamento dell'UE che come garanzia della maggiore protezione possibile per i diritti in gioco.

Siffatta ricostruzione sembrerebbe, poi, trovare conferma nella seguente sentenza, resa dalla CGUE sempre in via pregiudiziale, sul caso *Jeremy F. c. Premier Ministre*⁶². Qui, il Conseil Constitutionnel francese aveva interrogato la Corte di Lussemburgo sull'interpretazione – ancora una volta – della decisione-quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo. Nello specifico, aveva domandato se essa impedisse agli Stati membri l'istituzione di un ricorso sospensivo avverso la decisione di un tribunale domestico di consentire l'esecuzione del mandato *de quo*. Oppure, come era accaduto nel caso di specie, se tale decisione-quadro precludesse loro di estendere la sfera applicativa del mandato a reati commessi prima dell'estradizione, ma diversi da quelli sottesi a quest'ultima. La CGUE, in primo luogo, ha rilevato, ancora una volta, la centralità dei principi del mutuo riconoscimento e della mutua fiducia in quanto fondamenti della disciplina del mandato d'arresto europeo. In seguito, ha osservato come la citata decisione-quadro non consentisse espressamente l'istituzione del ricorso sospensivo *de quo*. Inoltre, ha puntualizzato come né l'art. 13 CEDU, né l'art. 47 della Carta, concernenti il diritto ad un rimedio effettivo, imponessero la creazione di un secondo grado di giudizio avverso una qualsivoglia decisione giudiziale. Cionondimeno, sempre a detta della Corte, visto che la decisione-quadro non sanciva una preclusione assoluta in questo senso, allora la possibilità d'istituire il ricorso *de quo* era da ritenersi consentita, a titolo di miglior tutela dei diritti processuali degli interessati. Peraltro, nel passaggio in parola, non è stata fatta espressa menzione dell'art. 53 della Carta⁶³. Ancora una volta, dunque, la CGUE ha chiarito l'operatività dell'art. 53 in presenza di un margine di discrezionalità attuativa a beneficio dei Paesi membri. Margine, peraltro, sottoposto, nel caso di specie, a limiti, anche temporali, ben circostanziati⁶⁴.

Da ultimo, l'impostazione in parola è stata tenuta ferma dalla Corte nel parere consultivo 2/13⁶⁵, relativo al progetto di adesione dell'UE alla CEDU. Qui essa ha rilevato che “poiché l'articolo 53 della CEDU riserva, in sostanza, la facoltà per le

⁶¹ E.A. ALKEMA, RO. VAN DER HULLE, RI. VAN DER HULLE, *op. cit.*, p. 15 ss.

⁶² Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 2013, causa C-168/13, *Jeremy F. c. Premier Ministre*, punti 19 ss.

⁶³ Ivi, punti 52 ss.

⁶⁴ Ivi, punti 56 e 73.

⁶⁵ Si veda il parere del 18 dicembre 2014, punti 187 ss. Per un commento su siffatto parere, si vedano, *inter alia*, I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015, p. 273 ss.; L. HALLESKOV STORGAARD, *EU Law Autonomy Versus European Fundamental Human Rights Protection – on Opinion on EU Accession to the ECHR*, in *Human Rights Law Review*, 2015, p. 485 ss.; C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell'Unione europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di Giustizia UE*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, p. 129 ss.; S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*.

Parti contraenti di prevedere *standard* di tutela dei diritti fondamentali più elevati di quelli garantiti da detta convenzione, occorre assicurare il coordinamento tra tale norma e l'articolo 53 della Carta, come interpretato dalla Corte, affinché la facoltà concessa dall'articolo 53 della CEDU agli Stati membri resti limitata, per quanto riguarda i diritti riconosciuti dalla Carta corrispondenti a diritti garantiti dalla citata convenzione, a quanto è necessario per evitare di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta medesima, nonché il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione⁶⁶. È stata, così, denunciata l'assenza di appositi mezzi di coordinamento nell'esaminando progetto di adesione. Dunque, la Corte pare aver ribadito un'interpretazione dell'art. 53 della Carta di Nizza particolarmente restrittiva ed *in parte qua* snaturante. E ciò perché il principio ivi consacrato viene utilizzato più quale norma di chiusura dell'ordinamento dell'UE che come efficace strumento di massimizzazione della garanzia dei diritti individuali.

In conclusione, l'art. 53 della Carta di Nizza è stato interpretato dalla CGUE in maniera "selettiva" ed "unidirezionale". Posta l'intangibilità dei principi del primato del diritto dell'Unione e della relativa uniforme ed efficace applicazione, l'art. 53 *de quo* sancirebbe una presunzione assoluta di massimizzazione della tutela, ove le norme europee dispongano una regolamentazione completa ed esaustiva del caso concreto. E ciò perché la menzionata e totalizzante regolamentazione rifletterebbe il consenso generalizzato "al rialzo" degli Stati membri e dell'Unione stessa. Ove, invece, la disciplina europea lasci a questi ultimi un margine di discrezionalità attuativa, allora l'art. 53 della Carta impedirà loro di sfruttarla per pregiudicare gli *standards* di tutela definiti dalla Carta stessa. Tuttavia, a fronte degli ostesi approcci interpretativi della Corte EDU e della CGUE, sembra possibile avanzare una differente lettura, tesa a valorizzare la scelta giuridica alla base del principio in parola.

5. Come illustrato in precedenza, il principio della protezione più estesa, enunciato tanto dall'art. 53 della CEDU, quanto dall'art. 53 della Carta di Nizza, è stato interpretato ed applicato dagli organi internazionali pertinenti in maniera alquanto ambigua. Da un canto, la Commissione e la Corte EDU non hanno elaborato una posizione teorica ben definita sul punto, richiamando il principio *ad adiuvandum* solo ove funzionale alle rispettive argomentazioni. Ed invece, a volte, ne hanno omesso l'applicazione, proponendo una lettura "evolutive-regressiva" della CEDU, come accaduto nel caso *Hassan c. Regno Unito*. Dall'altro, la prassi della Corte di Lussemburgo si è dimostrata meno ambivalente e più strutturata, pur avendo sostanzialmente trascorso l'impianto letterale e la *ratio* dell'art. 53 della Carta. Tale regola, infatti, disporrebbe una sorta di presunzione *iuris et de iure* di massimizzazione della tutela, ove la normazione europea abbia disciplinato il caso di specie in maniera completa. E ciò sul presupposto che tale regolamentazione costituisca manifestazione del consenso "al rialzo" degli Stati membri intorno alla protezione del diritto considerato. Al contrario, allorché l'intervento normativo dell'Unione riservi ai Paesi membri un margine di attuazione discrezionale, l'art. 53 dovrebbe impedire loro di pregiudicare la tutela dei diritti garantiti dalla Carta, come interpre-

Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 68 ss.

⁶⁶ Parere 2/13, punto 189.

tata dalla stessa CGUE. In buona sostanza, l'art. 53 in discorso è stato letto come una norma di chiusura del sistema di diritto dell'UE e di difesa ad oltranza della sua primazia assoluta, specialmente rispetto agli ordinamenti costituzionali degli Stati membri.

Ora, in particolare la giurisprudenza *Melloni* sembrerebbe prestare il fianco ad una serie di obiezioni critiche: in primo luogo, com'è stato notato⁶⁷, essa rischia di trasformare la Carta di Nizza in uno strumento “non di elevazione, ma di abbassamento della tutela dei diritti umani”, contravvenendo, così, alla *ratio* della norma in parola.

Appare, poi, quantomeno discutibile l'assunto per cui una normazione europea completa ed esaustiva massimizzerebbe automaticamente la tutela dei diritti umani in gioco, in quanto espressiva di un consenso “al rialzo” degli Stati dell'Unione sullo *standard* di garanzia. È, infatti, più plausibile che suffatto consenso generalizzato, espresso in fase di redazione delle normative *de quibus*, non comporti la supposta massimizzazione, a scapito degli interessi dei Paesi membri, ma, al contrario, fissi uno *standard* minimo comune. *Standard* tale da salvaguardare gli ordinamenti domestici più restrittivi dei diritti considerati e, dunque, maggiormente protettivi delle contrapposte istanze statali. In altri termini, è plausibile che il suesposto consenso fissi una soglia *de minimis* di tutela dei diritti, piuttosto che valorizzarne la protezione più estesa possibile.

Ma la soluzione *Melloni* sembrerebbe discutibile anche sotto il profilo della gerarchia delle fonti dell'Unione. Infatti, pare che la Corte abbia sostanzialmente asservito il principio della protezione più estesa, comunque espresso da una norma di diritto primario, quale l'art. 53 della Carta, al primato, all'unitarietà ed all'effettività di una normativa derivata (la decisione-quadro sul mandato d'arresto). Inoltre, essa ha asserito, più in generale, che il principio *de quo* non può pregiudicare proprio i principi del primato, dell'unitarietà e dell'effettività del diritto dell'Unione. Ciò sembrerebbe suggerire, in maniera comunque non inedita⁶⁸, la sussistenza di una sorta di “gerarchia interna” tra le disposizioni primarie dell'UE. In forza di questa, talune norme primarie sarebbero destinate ad un'interpretazione quantomeno “snaturante”, purché ne siano salvaguardate altre. Il tutto risolvendosi, peraltro, in un sacrificio dei diritti umani in favore di altri obiettivi dell'integrazione europea⁶⁹.

A siffatte considerazioni, peraltro, dovrebbe aggiungersi la tensione tra la giurisprudenza *Melloni* ed il principio del rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri di cui all'art. 4, par. 2, TUE. Principio, oltretutto, forse alquanto frettolosamente bollato quale irrilevante, nel caso di specie, dalle conclusioni dell'Avvocato generale Bot⁷⁰. Difatti, la garanzia costituzionale consistente nel subordinare l'estradizione di un condannato in contumacia alla ri-celebrazione del processo nello Stato di destinazione, sembrerebbe essere un *proprium* caratteristico dell'ordinamento

⁶⁷ Si veda U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 60.

⁶⁸ A tal fine, si veda il par. 2 dell'art. 52 della Carta di Nizza, ove si dispone: “[i] diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi”. Tanto parrebbe deporre nel senso di dare prevalenza alle norme dei Trattati su quelle della Carta, eventualmente confliggenti, nonostante la loro formale equiparazione, sancita dall'art. 6, par. 1, TUE.

⁶⁹ Non appare, peraltro, possibile approfondire ulteriormente, in questa sede, siffatti rilievi critici.

⁷⁰ Conclusioni *Melloni*, punti 138-143.

spagnolo (e di quello di pochi altri Paesi membri). Pertanto, essa potrebbe anche considerarsi idonea a distinguere quest'ultimo dai sistemi giuridici degli altri Stati, così costituendo un elemento rilevante dell'identità nazionale spagnola.

Ora, al di là di tutti gli esposti rilievi critici, preme evidenziare come l'applicazione delle norme in oggetto operata dalla Commissione e dalla Corte EDU, nonché dalla CGUE, si fondi sugli stessi presupposti assunti dai vari indirizzi dottrinali inerenti la funzione delle clausole di coordinamento. In altri termini, queste ultime si applicherebbero quando due o più norme concorrano nella tutela del medesimo diritto soggettivo, senza che tra di esse sia tracciabile una precisa gerarchia. E ciò, o perché esse provengono da differenti ordinamenti giuridici, ovvero perché appartengono a fonti equiordinate del diritto internazionale. In tali ipotesi, le norme concorrenti sembrerebbero reciprocamente incompatibili. E le clausole di coordinamento detterebbero il criterio per individuare l'unica e sola disposizione correttamente e legittimamente applicabile. Eppure, tali presupposti andrebbero in parte ridiscussi.

Come accennato in sede introduttiva, si intende definire, qui di seguito, un diverso approccio al problema in questione. Una lettura sistematica del principio della protezione più estesa di cui all'art. 53 della CEDU ed all'art. 53 della Carta, che valorizzi la scelta giuridica sottesa a siffatte clausole e che, con ogni probabilità, meglio consente loro di esplicare la propria funzione normativa.

A tal fine, appare necessario muovere dalla struttura giuridica delle norme protettive dei diritti fondamentali, a prescindere dalla rispettiva origine costituzionale od internazionale. Esse, infatti, *in primis* enunziano, in termini generali ed astratti, un diritto fondamentale. In secondo luogo, annoverano una serie di potenziali restrizioni – sottoposte a svariati limiti e condizioni – che gli Stati possono applicarvi per bilanciarne la tutela o con quella di altri diritti fondamentali (ma, come osservato *supra*, in questo caso le clausole non possono operare), ovvero con altre istanze pubblicistiche rilevanti (e qui, invece, esse possono applicarsi).

Tanto premesso, in caso di concorrenza di molteplici norme nella tutela della medesima posizione soggettiva, le suesposte tesi dottrinali e giurisprudenziali ipotizzano il conflitto – o, comunque, l'incompatibilità – tra di esse: di queste una ed una sola sarebbe quella legittimamente applicabile. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, è plausibile che tale ricostruzione non colga il segno. E ciò perché, in questi casi, non sembrerebbe rilevabile né un'antinomia, né una più limitata incompatibilità tra le norme *de quibus*, quanto, piuttosto, un fenomeno di continenza giuridica tra di esse.

Ora, un vero e proprio conflitto tra più disposizioni dovrebbe verificarsi in due ipotesi ben circostanziate. *In primis*, quando le norme concorrenti qualifichino, ad un tempo, il medesimo comportamento, rispettivamente quale proibito ed obbligatorio (divieto di A v. obbligo di A). In secondo luogo, allorché le norme in parola prescrivano obblighi assolutamente incompatibili (obbligo di A v. obbligo di non-A).

Non sembrerebbe, però, questo il caso delle norme in tema di diritti umani: queste, infatti, attribuiscono talvolta agli Stati la facoltà di restringere certi diritti a determinate condizioni e non l'obbligo di farlo. In altri termini, l'ipotesi inquadrata dalle clausole di coordinamento dovrebbe concernere il caso in cui uno stesso contegno statale, restrittivo di un diritto fondamentale, sia, ad un tempo, proibito da

una norma e semplicemente consentito – e non reso obbligatorio – da un'altra⁷¹. Ma la situazione in parola non denota né un'antinomia normativa, né un diverso tipo di incompatibilità tra le suesposte norme concorrenti. Queste, pertanto, dovrebbero operare simultaneamente, visto il loro reciproco rapportarsi in termini di continenza. Difatti, in ipotesi del genere, lo Stato, rispettando la norma più garantista, rispetterà automaticamente anche quella più "permissiva". Ne consegue la massimizzazione della tutela, perseguita, almeno nelle intenzioni, sia dall'art. 53 CEDU che dall'art. 53 della Carta di Nizza.

Dunque, coglie nel segno quella dottrina che qualifica il principio della protezione più estesa come un principio generale del diritto internazionale, destinato, perciò, ad operare a prescindere dalla relativa pattuizione espressa⁷². In effetti, una corretta lettura sistematica delle concorrenti norme sui diritti umani dovrebbe automaticamente indurre l'operatore giuridico a rispettare quella che assicuri la protezione più estesa del diritto in gioco. Ciò garantirebbe, di conseguenza, anche il rispetto delle altre e correlate norme concorrenti.

Peraltro, quest'impostazione indurrebbe ad interrogarsi sull'effettiva utilità della previsione pattizia delle clausole di coordinamento *de quibus*. E ciò perché l'applicazione sistematica delle suesposte norme concorrenti, in reciproco rapporto di continenza, non può che risolversi nel rispetto simultaneo di tutte loro, giusta garanzia di quella maggiormente protettiva. In altri termini, il principio in parola appare come un *proprium* ermeneutico-sistematico della tutela multilivello dei diritti fondamentali. Perciò, la sua pattuizione espressa – siccome nel caso dell'art. 53 della CEDU e dell'art. 53 della Carta (con qualche *caveat*, come si vedrà, per quest'ultima norma) – potrebbe sembrare priva di utilità pratica.

Tuttavia, ad una lettura del genere si opporrebbe il principio di conservazione delle norme giuridiche, che impone di attribuire ad ogni singola disposizione un significato ed una portata autonomi. Potrebbe, dunque, ritenersi che il *plus*-valore della previsione espressa dalle clausole di coordinamento possa rinvenirsi nell'elemento della giustiziabilità: cioè, nella possibilità per gli individui di far valere in giudizio il principio in correlazione alla supposta violazione di altri diritti fondamentali, inclusi nel trattato di riferimento⁷³. Peraltro, tale possibilità potrà inverarsi nel rispetto dei limiti e delle forme dei ricorsi individuali, esperibili presso i competenti organi internazionali: piuttosto ampi per quanto riguarda la CEDU, più ridotti e

⁷¹ Una simile ricostruzione, che rilevava, nel caso di specie, l'insussistenza di un'antinomia normativa, è stata prospettata da G. GAJA, *Quale conflitto tra obblighi negli affari relativi all'incidente aereo di Lockerbie?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, p. 374 ss. Quivi, però, l'A. non si occupava dei rapporti tra norme protettive dei diritti umani, ma dell'apparente conflitto normativo tra la Convenzione di Montreal del 1971 per la soppressione degli atti illeciti contro la sicurezza dell'aviazione civile e le risoluzioni vincolanti del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite *ex art.* 41 della Carta, adottate in riferimento al caso *Lockerbie*.

⁷² Si vedano M. HEYMANN, *op. cit.*, p. 217 ss.; E. ROCOUNAS, *Engagements Parallèles et Contradictaires*, in *Recueil des cours*, 1987, p. 9 ss.; S.-A. SADAT-AKHAVI, *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Leida, 2003, p. 213 ss., i quali, peraltro, qualificano il criterio in parola quale principio generale del diritto internazionale dei diritti umani, presupponendone, però, una dimensione consuetudinaria che non può essere ulteriormente indagata in questa sede.

⁷³ Altrimenti l'altro accordo internazionale di riferimento sarebbe inapplicabile *ratione materiae*. Una simile tesi, quantunque fondata su chiavi di lettura differenti, è stata sostenuta da A. RACHOVITSA, *op. cit.*, p. 96 ss., con precipuo riguardo all'art. 53 CEDU.

circostanziati nell'ambito dell'Unione. Tanto, comunque, non esenta gli Stati e l'UE dal dovere di legiferare nel rispetto di tutte le norme sui diritti umani eventualmente coinvolte, ove questi ultimi si contrappongano ad esigenze pubblicistiche, proprie degli Stati e/o dell'Unione stessa.

A tanto può aggiungersi un'ulteriore considerazione, riguardante esclusivamente l'art. 53 della Carta e correlata alla sua giustiziabilità. Nel contesto della CEDU, ciascuno Stato parte risulta *ex se* vincolato dalla Convenzione stessa, da altri eventuali trattati internazionali sui diritti umani e dalla propria costituzione. Ciò non vale, però, per quanto concerne l'Unione europea, la quale risulta per sé vincolata esclusivamente dal proprio ordinamento e dagli accordi internazionali cui partecipi. Rimarrebbero esclusi tanto la CEDU, di cui l'Unione non è parte, quanto le costituzioni domestiche, che non possono ritenersi vincolanti per siffatta organizzazione internazionale. Anche perché l'art. 6 TUE si riferisce alla Convenzione europea ed alle tradizioni costituzionali comuni dei Paesi membri quali mere fonti di ispirazione dei diritti umani/principi generali, propri dell'ordinamento dell'UE. Ne consegue che le norme ascrivibili a questi ultimi sistemi e protettive dei diritti fondamentali non potrebbero legittimamente e direttamente applicarsi all'Unione. Ebbene, al di là del suesposto art. 6 TUE, il richiamo effettuato dall'art. 53 della Carta alla Convenzione ed agli ordinamenti costituzionali dei Paesi membri dovrebbe colmare siffatta mancanza. Esso, infatti, non è senz'altro idoneo a rendere vincolanti per l'Unione *sic generaliter* la CEDU e gli ordinamenti costituzionali interni. Tuttavia, richiama caso per caso le norme sui diritti umani applicabili al singolo individuo considerato. Tale rinvio, peraltro, può considerarsi idoneo a rendere operative le suesposte norme concorrenti, anche quando un atto derivato dell'Unione comprometta, nel caso di specie, il criterio della protezione più estesa. In ogni caso, esso deve quantomeno impedire che l'azione normativa dell'UE crei, per gli Stati membri, vincoli giuridici tali da comportare la violazione della CEDU o delle rispettive costituzioni, da parte loro. In questo può, dunque, cogliersi un ulteriore *plus*-valore della previsione espressa contenuta nell'art. 53 della Carta.

La ricostruzione qui proposta si fonda, dunque, sull'assenza d'incompatibilità normativa tra molteplici disposizioni concorrenti nella tutela del medesimo diritto fondamentale e sul loro reciproco rapportarsi in termini di continenza. Essa, inoltre, si basa sul conseguente obbligo, per gli Stati e per le organizzazioni internazionali di riferimento, di applicare simultaneamente tutte le menzionate norme concorrenti. Da ultimo, essa prospetta la giustiziabilità del principio della protezione più estesa. Giustiziabilità che costituisce il *plus*-valore derivante dalla pattuizione di clausole di coordinamento espresse nei trattati di riferimento. Vi si aggiunge, limitatamente all'art. 53 della Carta, il fatto che questo renda applicabili, nel caso concreto, le norme protettive dei diritti fondamentali derivate dalla CEDU e dai rilevanti ordinamenti costituzionali dei Paesi membri. Norme, queste, che, però, rimangono non vincolanti in via generale per l'Unione. Siffatto approccio valorizza la scelta giuridica sottesa alle due clausole di coordinamento in parola e che, come osservato *supra*, intende massimizzare la tutela di un diritto individuale, quando esso si contrapponga ad altre istanze pubblicistiche.

6. Il principio della protezione più estesa si inserisce nel contesto della c.d. tutela multilivello dei diritti umani. In seno ad essa, questi risultano variamente protetti da molteplici norme di differente origine – costituzionale ed internazionale – tra cui non è, pertanto, possibile definire una prevalenza gerarchica.

A fronte, dunque, dei differenti *standards* di tutela assicurati dalle norme concorrenti in parola, il principio *de quo* indica un criterio per individuare quella correttamente applicabile al caso di specie. Il tutto, sulla base di una scelta giuridica che intende privilegiare la massimizzazione della tutela degli individui rispetto alle ragioni dello Stato.

Nel contesto europeo, il principio risulta incorporato nell'art. 53 della CEDU e nell'art. 53 della Carta di Nizza. Tali norme, formulate in termini negativi, dispongono che i trattati di riferimento non devono pregiudicare la tutela dei diritti già garantita da altre norme costituzionali od internazionali.

Siffatte clausole di coordinamento, peraltro, non possono operare ove la tutela di un diritto sia assistita da una norma di *ius cogens*, poiché questa non ammette eccezione alcuna e, dunque, non lascia spazio per diversi livelli di protezione. Né, tantomeno, troveranno applicazione qualora la protezione di un diritto fondamentale si contrapponga a quella di un altro diritto individuale: e ciò perché la più ampia garanzia dell'uno pregiudicherebbe irrimediabilmente l'altro. In quest'ultima ipotesi soccorreranno altri istituti, quali il margine di apprezzamento statale, il principio di proporzionalità ed il c.d. giudizio di bilanciamento costituzionale. Trattasi di strumenti idonei a rinvenire un punto di equilibrio tra la tutela di posizioni soggettive contrapposte.

In ogni caso, le più rilevanti posizioni dottrinali sul punto, a prescindere dai loro tratti differenziali, parrebbero condividere un duplice presupposto: cioè che le clausole di coordinamento operino ove le menzionate norme concorrenti nella tutela del medesimo diritto siano vicendevolmente incompatibili e, di conseguenza, sia individuabile una ed una sola di esse quale correttamente e legittimamente applicabile al caso di specie.

Peraltro, la prassi rilevante appare ondivaga e non troppo soddisfacente: la Corte EDU, infatti, spesso non si è pronunciata sull'art. 53 della Convenzione, assumendo, generalmente, decisioni d'inammissibilità. Quando, invece, lo ha fatto, si è servita della norma per sostenere tesi già diversamente argomentate. In taluni casi, poi, essa ha semplicemente ommesso di applicare siffatta clausola, dando luogo ad un'interpretazione "evolutive-regressiva" della Convenzione.

La CGUE, invece, ha alquanto trasceso l'impianto testuale dell'art. 53 della Carta, trasformandolo in una sorta di "norma di chiusura" del sistema giuridico dell'Unione. Infatti, ove il caso concreto sia esaustivamente disciplinato da norme europee, l'art. 53 stabilirebbe una sorta di presunzione assoluta di massimizzazione della tutela. E ciò perché tale regolamentazione completa sarebbe incontrovertibile espressione del consenso "al rialzo" degli Stati membri e dell'UE stessa. Diverso il discorso qualora la disciplina europea lasci in capo a questi ultimi un margine di discrezionalità attuativa: in tal caso, l'art. 53 proibirà esclusivamente agli Stati membri di compromettere lo *standard* di tutela assicurato dalla Carta e dalla correlata giurisprudenza.

A fronte, però, di questa prassi poco coerente, sembrerebbe possibile una diversa lettura del principio. Più nello specifico, le susesposte norme concorrenti nella tutela del medesimo diritto non devono ritenersi incompatibili tra di loro. E ciò poiché talune di esse vietano certe restrizioni al diritto *de quo* che altre, invece, consentono semplicemente, senza imporle quali obbligatorie. In questo modo, tra le norme in parola non vi è antinomia, ma semplice continenza. Ne consegue che esse possono e devono essere applicate simultaneamente al caso di specie.

Tanto premesso, lo Stato (o l'organizzazione internazionale) che rispetti la norma più garantista rispetterà automaticamente anche quella meno garantista. Ciò perché lo *standard* di tutela assicurato da quest'ultima risulterà integralmente assorbito in quello fornito dalla prima. Pertanto, il principio della protezione più estesa appare frutto di una corretta interpretazione ed applicazione sistematiche delle susesposte norme concorrenti, a prevenzione di una loro violazione. Ed, in ciò, esso sarebbe intrinseco ad ogni trattato internazionale sui diritti umani, a prescindere dalla sua previsione espressa.

Tale previsione comporta, quale *plus-valore* giuridico, l'elemento della giustiziabilità. *Id est*, può ritenersi idonea a consentire agli individui di far valere in giudizio – tanto in sede domestica, quanto a livello sovranazionale – la violazione delle norme in parola, in correlazione a singole disposizioni protettive del diritto fondamentale considerato.

Vi si aggiunga, con riferimento all'art. 53 della Carta, che l'esplicito richiamo ivi contenuto alla CEDU ed ai sistemi costituzionali domestici può considerarsi atto a metterne in gioco, caso per caso, le norme protettive dei diritti fondamentali, anche in riguardo all'azione dell'UE. Ciò dovrebbe impedire, per lo meno, che questa costringa gli Stati membri alla violazione, appunto, delle rispettive costituzioni o della Convenzione europea.

Una ricostruzione di tal fatta sembra più adatta a perseguire la scelta e giuridica sottesa alle clausole di coordinamento *de quibus*, consistente nella massimizzazione della protezione dei diritti degli individui, quando ad essi si contrappongano altre istanze pubblicistiche.

Abstract

The Principle of the Widest Protection in the European Multi-level System of Safeguard of Human Rights: A Theoretical and Practical Comparison between Article 53 of the ECHR and Article 53 of the Charter of Nice

The essay deals with the principle of the widest protection, with special reference to Article 53 of the ECHR and Article 53 of the Charter of Nice.

At first, it analyses the structure of these provisions, their application-field and the theories concerning their *ratio legis*. Then, it is showed that the principle refers to a situation in which several norms concur in the protection of the same fundamental right. However, the essay also points out the uncertainties emerging from the most relevant judgments issued by the European Court of human rights and the Court of Justice of the European Union.

Finally, it is argued that there is no legal conflict among the aforementioned concurring provisions, but rather a situation of legal continence: indeed, they provide different safeguards for the same right. So all such provisions should be applied at the same time.



Note e Commenti

Andrea Cannone*

La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare *GIEM s.r.l. e altri c. Italia* del 28 giugno 2018: brevi osservazioni

SOMMARIO: 1. La sentenza della Grande Camera del 28 giugno 2018 nell'affare *GIEM s.r.l. e altri c. Italia*. – 2. I profili giuridici rilevanti: l'assenza di contrasto con l'art. 7 CEDU in caso di confisca per lottizzazione abusiva disposta in presenza di intervenuta prescrizione, la necessità del rispetto del principio di proporzionalità in rapporto con l'art. 1 Protocollo addizionale e la violazione del principio della presunzione di innocenza in caso di confisca disposta in sede di annullamento senza rinvio da parte di un giudice di ultimo grado in presenza di intervenuta prescrizione: rilievi critici. – 3. Prevedibilità di ulteriori ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo in *subiecta materia*, oltre che per la c.d. automaticità della confisca nell'ordinamento italiano, per la confisca disposta nei confronti di società rimaste estranee al processo penale.

1. La Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo il 28 giugno 2018 ha reso una sentenza alquanto attesa circa la necessità della condanna formale per lottizzazione abusiva in ordine alla legittimità delle misure di confisca. Secondo i ricorrenti sarebbe necessaria una condanna formale ritenendo che nella sentenza *Varvara c. Italia* del 29 ottobre 2013 la Corte si sarebbe già espressa in questi termini; essi chiedono pertanto alla Corte, nella composizione della Grande Camera, di confermare tale giurisprudenza.

Secondo il Governo italiano non è necessaria una condanna formale, anzi esso chiede di “infirmare l'arrêt *Varvara* sur ce point” e di confermare la soluzione prospettata dai tribunali italiani, in particolare della Corte costituzionale nella sentenza 26 marzo 2015, n. 49 (la cui motivazione è ampiamente riportata nel par. 133 della sentenza), alla stregua della quale, stante l'erroneità del convincimento che la sentenza *Varvara* sia “univocamente interpretabile nel senso che la confisca urbanistica possa essere disposta solo unitamente ad una sentenza di condanna da parte del

* Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

giudice per il reato di lottizzazione urbanistica”, “allo stato, e salvo ulteriori sviluppi della giurisprudenza europea” legati al deferimento alla Grande Camera dei ricorsi GIEM s.r.l. e altri, il giudice europeo “quando ragiona espressamente in termini di condanna” non ha in mente la forma del provvedimento del giudice, ma considera l’accertamento di responsabilità nella sostanza; la Corte costituzionale dunque aveva esplicitamente affermato che “di per sé, non è escluso che il proscioglimento per prescrizione possa accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato”.

La Grande Camera sul punto accoglie l’impostazione del Governo italiano e afferma che, se è evidente che la dichiarazione di responsabilità è spesso enunciata in una sentenza penale che condanna formalmente l’accusato, ciò non costituisce una regola obbligatoria (par. 252) per cui può accadere che la dichiarazione di responsabilità penale idonea a giustificare l’adozione della sanzione della confisca dei beni in una lottizzazione abusiva compatibile con l’art. 7 CEDU possa essere ravvisata anche nella sostanza, nonostante la prescrizione del reato, sempre che vi sia il rispetto dell’art. 6 CEDU (paragrafi 258-262); nel caso di specie la Corte ha pertanto escluso una violazione dell’art. 7 CEDU rispetto all’unica persona fisica presente tra i ricorrenti (par. 262).

La relativa decisione è stata adottata con la maggioranza di dieci giudici contro sette (punto 5 del dispositivo), i quali ultimi su questo punto hanno adottato una opinione parzialmente dissidente annessa alla sentenza.

Prima di esaminare i motivi del dissenso, merita di essere rilevato che la Grande Camera ha comunque statuito all’unanimità di essere in presenza di una violazione dell’art. 1 Protocollo addizionale rispetto a tutti i ricorrenti (alcune società e una sola persona fisica) (punto 6 del dispositivo), nonché – con un solo voto contrario – una violazione dell’art. 6, par. 2, CEDU rispetto al signor Gironda (la predetta persona fisica) indipendentemente dal profilo relativo all’art. 7 CEDU dianzi esaminato (punto 8 del dispositivo). In particolare, la Corte ha ritenuto che nelle situazioni da essa esaminate sulla base delle informazioni fornite dalle parti, dopo aver espresso un dubbio circa la conformità delle misure adottate rispetto allo scopo legittimo perseguito (protezione dell’ambiente), è da escludere chiaramente il carattere proporzionale delle misure di confisca decise dalle autorità giudiziarie italiane, stante la previsione legislativa dell’automaticità della loro applicazione, eccezion fatta per i terzi in buona fede (paragrafi 303-304).

La Grande Camera lamenta in proposito l’impossibilità per i giudici italiani “d’évaluer quels sont les instruments les plus adaptés aux circonstances spécifiques de l’espèce” e, più in generale, l’impossibilità per il giudice di operare un bilanciamento tra lo scopo legittimo perseguito e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione della confisca (par. 303); in precedenza la Corte europea ha prospettato quali elementi suscettibili di essere presi in considerazione nella valutazione della proporzionalità della confisca l’adozione di misure meno restrittive (“moins contraignantes”, nel testo francese) quali per es. la demolizione delle opere non conformi o l’annullamento del piano di lottizzazione; il carattere illimitato della sanzione, stante la possibile inclusione di zone edificate e di zone non edificate e persino appartenenti a terzi, nonché il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o quanto meno il rapporto tra la loro condotta e l’infrazione contestata (par. 301). Aspetto

quest'ultimo che, a nostro avviso, fa *double emploi* con la nozione di colpevolezza dianzi esaminata sotto il profilo dell'art. 7 CEDU.

Infine, la Grande Camera mette in rilievo gli aspetti procedurali connessi all'art. 1 Protocollo addizionale, stante l'obbligo per gli Stati contraenti di consentire agli individui interessati di sottoporre alle autorità competenti, in contraddittorio e nel rispetto del principio della parità delle armi, aspetti importanti per l'esito dell'affare (par. 302).

Quanto alla violazione accertata del diritto alla presunzione di innocenza di cui all'art. 6, par. 2, CEDU nei confronti del ricorrente-persona fisica, essa si basa sulla circostanza che la Corte di cassazione italiana, avendo annullato senza rinvio la sentenza della Corte d'appello di Reggio Calabria con cui tutti gli imputati erano stati prosciolti dai reati loro ascritti, tra cui il reato di lottizzazione abusiva con la formula "perché il fatto non sussiste", aveva determinato la sottoposizione dei beni alla confisca già disposta dal giudice di primo grado in presenza di un proscioglimento per intervenuta prescrizione. In proposito, la Corte europea richiama una giurisprudenza in cui una giurisdizione di ultima istanza aveva annullato le decisioni di proscioglimento rese dalle giurisdizioni inferiori e dichiarato la colpevolezza degli imputati chiudendo tutti i procedimenti per intervenuta prescrizione, in relazione alla quale la Corte di Strasburgo ravvisa una violazione del principio di presunzione d'innocenza, in quanto la giurisdizione suprema era stata la prima ad emettere un giudizio di colpevolezza (par. 315). In proposito, la Grande Camera statuisce in generale che tutte le volte in cui la giurisdizione che conclude un procedimento per intervenuta prescrizione annulla contemporaneamente le decisioni di proscioglimento rese dai giudici inferiori e dichiara la colpevolezza dell'interessato si pone un problema di violazione del principio di presunzione di innocenza (par. 316).

Nel caso di specie la Grande Camera, a seguito di quanto testé esposto, dichiara la violazione del diritto alla presunzione di innocenza nei confronti del Gironda, in quanto la Corte di cassazione italiana, nell'annullare senza rinvio, ha ritenuto provata, nonostante la intervenuta prescrizione, la colpevolezza del ricorrente.

2. Alla luce di quanto precede risulta che i profili giuridici che vengono in sicura considerazione sono: a) l'accoglimento della tesi secondo cui la confisca per lottizzazione abusiva in caso di intervenuta prescrizione non è in contrasto con l'art. 7 CEDU qualora risulti una dichiarazione di responsabilità penale, in sostanza, nell'ambito di un procedimento conforme alle esigenze dell'equo processo di cui all'art. 6 CEDU; b) la confisca in presenza di una lottizzazione abusiva deve comunque rispettare il principio di proporzionalità, configurandosi in caso contrario una violazione dell'art. 1 Protocollo addizionale. In proposito, la Corte contesta l'automaticità della sanzione e prospetta al riguardo simultaneamente soluzioni che rientrano nella disponibilità dell'autorità giudiziaria (quale la limitazione della confisca ai soli terreni edificati con esclusione di quelli non edificati o l'assicurazione di un contraddittorio nel rispetto della parità delle armi nell'assunzione della decisione relativa alla confisca) o che fuoriescono dalle attribuzioni dell'autorità giudiziaria procedente (quale la demolizione delle opere non conformi o l'annullamento del piano di lottizzazione); c) la violazione del principio di presunzione di innocenza in

caso di confisca disposta in sede di annullamento senza rinvio da parte di un giudice di ultimo grado in presenza di una intervenuta prescrizione.

In relazione al primo profilo, meritano di essere riportate le affermazioni contrarie contenute nella opinione parzialmente dissidente comune secondo cui l'accoglimento della tesi della dichiarazione sostanziale di responsabilità – che renderebbe i termini prescrizionali una futile formalità – implicherebbe “une invitation à l'arbitraire” (par. 11 in fine) e che, criticando le affermazioni della maggioranza contenute nel par. 260 della motivazione (secondo cui al rispetto dello Stato di diritto e alla fiducia degli amministrati nella giustizia occorre affiancare l'oggetto e lo scopo del regime giuridico italiano *in subiecta materia*, teso a contrastare l'impunità derivante dall'effetto combinato di infrazioni complesse e dei termini di prescrizione relativamente brevi) rileva che, a parte la relatività della distinzione tra infrazioni complesse e non, nell'ordinamento italiano il reato di lottizzazione abusiva non è da considerare come fattispecie particolarmente complessa e che la brevità dei termini di prescrizione prevista per siffatto reato costituisce una scelta politica dello Stato italiano – che nelle more del processo a Strasburgo ha provveduto all'allungamento dei termini di prescrizione per alcuni reati –, scelta che non può essere imputata al ricorrente (paragrafi 15-20 opinione parzialmente dissidente comune).

Al riguardo si osserva che, in effetti, la verifica dell'accertamento sostanziale della responsabilità non può che essere fatta caso per caso e che il rischio paventato della *arbitrarietà* dovrebbe essere escluso grazie ad un rigoroso scrutinio dei provvedimenti giudiziari specie in sede di giudizio di legittimità. Quanto al secondo rilievo, esso coglie nel segno, per cui un intervento del legislatore per un allungamento dei termini prescrizionali per alcuni reati contravvenzionali di particolare rilievo, come appunto la lottizzazione abusiva, non sarebbe da considerare negativamente.

Il secondo profilo, ossia quello relativo all'assenza di proporzionalità della confisca in presenza di lottizzazione abusiva, appare problematico, in quanto a mio avviso sarebbe foriero di ulteriori ricorsi a Strasburgo per violazione del solo art. 1 Protocollo addizionale, perfino in casi di accertata responsabilità sostanziale in procedimenti prescritti. Invero, una modifica dell'applicazione automatica della confisca in caso di lottizzazione abusiva “*prévüe par la loi italienne*” e criticata dalla Corte al par. 303 necessiterebbe, per ammissione della stessa Corte, di un intervento del legislatore italiano: persino l'eventuale limitazione della confisca ai soli suoli edificati con esclusione di quelli non edificati – prospettata nel par. 301 della motivazione a proposito del carattere illimitato della sanzione della confisca – non pare oggi possibile stante la esplicita previsione nell'art. 44, co. 2, T.U. edilizia alla stregua del quale: “La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, *dispose la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite*” (corsivo nostro). Sicché la motivazione della Corte sul punto induce a ritenere necessaria una modifica legislativa¹.

Quanto al terzo profilo, relativo alla violazione del diritto alla presunzione di innocenza in caso di confisca disposta da parte di un giudice di ultimo grado che, accertata l'intervenuta prescrizione, proceda ad un annullamento senza rinvio, è da

¹ Analogamente su questo aspetto vedi C. MINNELLA, *Incompatibile con la CEDU la confisca urbanistica per l'ente o il soggetto che non è parte nel processo*, in *Guida al diritto*, 2018, n. 31, p. 13 ss., in specie p. 18, ultimi due rigli.

condividere la soluzione accolta sul punto dalla Corte europea, in quanto effettivamente, nel caso di specie, il giudice di legittimità italiano aveva proceduto ad una autonoma valutazione delle prove spettante in realtà al giudice del merito². Nel caso deciso dalla Corte di cassazione era quindi necessario un annullamento con rinvio, come del resto avviene ogni qualvolta la Corte afferma di essere in presenza di una erronea o omessa valutazione del materiale probatorio da parte del giudice di secondo grado. In altri termini, proprio in quanto la Corte europea afferma la natura di sanzione penale della confisca, che necessita comunque l'accertamento di responsabilità, la Corte di cassazione non poteva limitarsi a dichiarare il reato prescritto, ma avrebbe dovuto rinviare al giudice d'appello il processo "per un nuovo esame" del materiale probatorio, indicando nella sentenza rescindente i principi di diritto a cui il giudice del rinvio si sarebbe dovuto attenere nella valutazione del materiale probatorio. In proposito, non è quindi da condividere l'affermazione secondo cui "non pare che la Cassazione, una volta rilevata la prescrizione, possa cassare la sentenza di merito con rinvio, ai soli fini di un rinnovato giudizio incidentale sulla colpevolezza"³.

3. Va infine rilevato che una possibile occasione di ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo – ulteriore rispetto a quella prospettabile in ordine alla c.d. automaticità della confisca nell'ordinamento italiano di cui sopra – è da ravvisare nell'accertata violazione dell'art. 7 CEDU nei confronti delle società ricorrenti rimaste estranee al procedimento penale culminato nelle confische (punto 4 del dispositivo con due voti contrari) (paragrafi 263-275): rispetto a quella che è stata definita come una "incompatibilità strutturale"⁴ si prospetta la necessità di una modifica legislativa tesa a inserire i reati edilizi nell'elenco dei reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato introdotta dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231⁵.

La decisione qui commentata, pertanto, se chiarisce un punto importante nel c.d. dialogo tra Corti, ossia la compatibilità con la Convenzione europea della confisca in caso di lottizzazione abusiva disposta in presenza di prescrizione, tuttavia prefigura altre occasioni di ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, originate da

² Sono pienamente condivisibili sul punto i rilievi già esposti sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015 da D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 318 ss., in specie p. 322: "Rispetto a tale sostanza [l'accertamento della responsabilità, n.d.r.], sono conseguenze imposte dalla nostra Costituzione la certezza del giudizio sulla responsabilità, la pienezza del contraddittorio nella formazione della prova, e il diritto di impugnare la decisione sulla confisca, quale che ne sia la forma, nei modi previsti per le sentenze di condanna. La sentenza n. 49 (comunque la si valuti) non può essere letta come un mancato riconoscimento di queste esigenze".

³ Così si esprime M. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, in *Questione giustizia*, 10 luglio 2018, reperibile online, p. 5, ritenendo auspicabile su questo aspetto un intervento del legislatore.

⁴ In tema v. C. MINNELLA, *op. cit.*

⁵ L'assenza dei reati edilizi in tale elenco è rilevata da A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 luglio 2018, reperibile online, par. 8.3.

procedimenti giudiziari interni, nonché da eventuali decisioni della Corte costituzionale.

Al riguardo è utile sottolineare che la Grande Camera ha fermamente sottolineato che “ses arrêts ont tous la même valeur juridique. Leur caractère contraignant et leur autorité interprétative ne sauraient par conséquent dépendre de la formation de jugement qui les a rendus”⁶, lasciando intendere di non condividere la distinzione operata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49 del 2015 circa il valore delle sentenze della Corte europea in base alla formazione che ha pronunciato la sentenza e l’utilizzo della nozione di giurisprudenza consolidata in relazione al caso *Varvara*: assisteremo a una nuova partita in questa sorta di gioco delle perle di vetro svolto tra Corti?

Abstract

The Great Chamber Judgment of the European Court of Human Rights in the Case *GIEM s.r.l. and others v. Italy* (June 28th, 2018): Short Remarks

In the Case *GIEM s.r.l. and others* the Great Chamber stated by a majority of ten votes against seven votes that a confiscation measure can be applied even in absence of a formal conviction if all elements of the offence of unlawful site development are made out, while the proceedings are discontinued solely on account of statutory limitation thus excluding the violation of Article 7 of the European Convention in respect of the applicant, an Italian national. It was unanimously stated the existence of a violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention, in respect of all the applicants (one individual and four companies), and of a violation of Article 6, para. 2 (presumption of innocence), because the Court of Cassation quashed, without remitting, the decision on appeal acquitting the individual applicant and revoking the confiscation measure.

This decision clarifies that, under certain conditions, a confiscation pronounced in proceedings statutory barred is compatible with Article 7 of the European Convention, it does not exclude future applications against Italy in respect of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention (given the automatic application of confiscation as provided in the Italian legislation) and in respect of Article 7 of the Convention (for the companies that, as legal entities, are subjected to confiscation measures despite not being parties in the criminal proceedings).

⁶ In proposito cfr. C. RENGHINI, *La sentenza G.I.E.M. e il confronto tra la Corte europea dei diritti umani e le corti nazionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 702 ss., in specie p. 707 ss.

Maria Cristina Carta*

I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo: i limiti del “dialogo” tra Corti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tutela multilivello dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo. – 3. La protezione di natura giurisprudenziale dei diritti umani: il ruolo cruciale della Corte EDU. – 4. L'interazione tra giudici nazionali e giudici europei come rimedio all'insoddisfacente funzionamento dei meccanismi di tutela interni. – 5. Le relazioni intercorrenti tra diritto interno e ordinamento convenzionale: lo “statuto” della CEDU nel sistema delle fonti nazionali. – 6. Valore giuridico e ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 7. L'adesione dell'UE alla CEDU: un percorso incompiuto. – 8. Considerazioni conclusive.

1. La “tutela multilivello”¹ – intesa come possibilità che differenti autorità giurisdizionali operanti nello *spazio giuridico europeo*² siano chiamate a giudicare su determinate istanze di protezione dei diritti umani – è da sempre oggetto di riflessione da parte di studiosi di diverse discipline (soprattutto comunitaristi, internazionalisti, costituzionalisti ma anche civilisti, amministrativisti e penalisti, unanimi nel ritenere sussistenti una molteplicità di “livelli” di tutela)³.

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Sassari.

¹ Questa espressione è di I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 703 ss.; ID., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, p. 511 ss.

² Tale espressione nel diritto comunitario (oggi dell'Unione) indica l'unione di ordinamenti giuridici determinatasi con l'istituzione dell'Unione europea nel 1992 e di cui sono soggetti gli Stati, i popoli europei ed i singoli cittadini degli Stati membri. Tuttavia, nel presente contributo, questa formula verrà utilizzata in un'accezione più ampia, volendo con essa fare riferimento allo spazio giuridico complessivo dell'area europea (non della sola UE), definito dalla dottrina come “para-costituzionale” o “intercostituzionale” o “multilivello”, con il precipuo scopo di evocare efficacemente l'idea di situazione giuridiche soggettive che ricevono tutela in diversi ordinamenti attraverso giurisdizioni non riconducibili ad unità o gerarchia. Al riguardo v. E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2014, p. 6 ss.; v. anche R.C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, Bologna, 2003, p. 147 ss.; F. FERRARO, *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali. Democrazia, valori e rule of law nell'Unione al tempo della crisi*, Napoli, 2014, p. 188 ss.

³ Per un inquadramento della materia in esame v. C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale. Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, I, Padova, 2008, p. 339 ss.; L. DANIELE, *La prote-*

All'interno di un sistema composito caratterizzato da un "elevato tasso di problematicità"⁴ per il concreto agire delle differenti giurisdizioni coinvolte, la presente indagine è volta a verificare la tenuta di un apparato di protezione dei diritti fondamentali che vede nel giudice il soggetto attuatore della legge e dei principi fissati dalle molteplici Carte dei diritti (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁵ – d'ora in avanti CEDU –, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶ – d'ora in avanti Carta DFUE – e Costituzione italiana) aventi natura precettiva. In particolare, questo contributo, partendo dalla consapevolezza del pluralismo delle fonti e delle loro sempre più marcate interconnessioni, mira a fare il punto sul concetto di tutela multilivello dei diritti umani, sullo stato dei rapporti fra ordinamento interno e CEDU e sull'annosa questione dell'adesione dell'UE alla CEDU. Come si avrà modo di osservare nel prosieguo, infatti, sono proprio tali interazioni tra fonti e tra differenti autorità giu-

zione dei diritti fondamentali dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 645 ss.; P. MENGOZZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, *ivi*, 2010, p. 231 ss.; U. VILLANI, *Tutela dei diritti fondamentali nel 'dialogo' tra corti europee e giudici nazionali*, in L. MOCCIA (a cura di), *Diritti fondamentali e Cittadinanza dell'Unione Europea*, Milano, 2010, p. 115 ss.; *Id.*, *La tutela giudiziaria dei diritti dell'uomo dinanzi alla Corte europea*, in L. RUGGERI (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, 2012, p. 17 ss.; *Id.*, *La cooperazione tra i giudici nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. FRAGOLA (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012, p. 1 ss.; *Id.*, *Il ruolo della Corte costituzionale nel dialogo con la Corte di giustizia*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauo*, Napoli, 2014, pp. 1303 ss.; G. STROZZI, *Il sistema integrato dei diritti fondamentali dopo Lisbona, attualità e prospettive*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 837 ss.; S.M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, *ivi*, 2013, p. 1 ss.; B. NASCIBENE, *La centralità della persona e la tutela dei suoi diritti*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 9 ss.; F. VECCHIO, *I casi Melloni e Åkerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 434 ss.; G. CAGGIANO, *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauo*, Napoli, 2014, p. 65 ss.; *Id.*, *I "cerchi" dell'integrazione. Sovranazionalità e sovraordinazione normativa nell'Unione europea e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 25 ss.; R. LUZZATTO, *Sul ruolo delle Corti europee e dei giudici nazionali nella tutela dei diritti fondamentali*, in *Scritti Tesauo*, *cit.*, p. 417 ss.; E. MALFATTI, *op. cit.*, p. 4 ss.; L.A. VALVO, *Sulla necessità di un sistema di multi-level governance in ambito europeo*, in *Studi in memoria di Maria Rita Saulle*, Napoli, 2014, pp. 1609 ss.; S. GAMBINO, *Ambiti e limiti della tutela multilivello dei diritti fondamentali in alcuni recenti indirizzi della Corte di Giustizia europea*, in *La cittadinanza europea*, 2015, p. 63 ss.; A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, p. 210 ss.

⁴ M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 2017, in www.cortecostituzionale.it, p. 1.

⁵ La CEDU, adottata il 4 novembre del 1950 ed entrata in vigore il 3 settembre 1953, vincola i 47 Paesi del Consiglio d'Europa, inclusi tutti gli Stati parte dell'UE.

⁶ La Carta DFUE è stata adottata dal Consiglio europeo di Nizza del 2000, riadattata (alle esigenze *medio tempore* emerse) e riproclamata con alcune modifiche a Strasburgo nel 2007; nel dicembre 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le è stato conferito lo stesso effetto giuridico vincolante dei trattati (art. 6 TUE) e, pertanto, non può più essere considerata come normativa di *soft law*. Cfr. V. PICCONE, *Il giudice e l'Europa dopo Lisbona*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, P. PUOTI (a cura di), *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Rimini, 2013, p. 97. V. *infra*, par. 6.

risdizionali ad aver favorito in progresso di tempo il raggiungimento, nella dimensione europea⁷, di standard di tutela della persona in passato inimmaginabili.

2. Il concetto di “tutela multilivello” dei diritti fondamentali rimanda subito al fenomeno della “progressiva osmosi”⁸ tra ordinamenti nazionali e sovranazionali⁹, che ha avuto origine dalla crisi di autosufficienza degli ordinamenti interni dei singoli Stati ed ha segnato il superamento dei confini della c.d. *domestic jurisdiction*¹⁰.

⁷ Ai fini della presente analisi, saranno considerati i livelli di tutela nazionale, sovranazionale, dell’Unione europea ed internazionale regionale, con esclusione delle modalità di interazione dei tre sistemi con il livello internazionale universale.

⁸ B. PASTORE, *Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2017, pp. 13-30 ove l’A. evidenzia come negli anni si sia assistito ad un “progressivo passaggio da uno stato di separazione tra diritto nazionale, internazionale e sovranazionale ad uno di osmosi e di integrazione”, in cui i diversi corpi normativi si completano per concorrere all’ampliamento del catalogo dei diritti fondamentali e ad una loro sempre più piena attuazione e tutela.

⁹ Nel diritto costituzionale il concetto di sistema multilivello è stato ampiamente utilizzato per definire le relazioni tra lo Stato e le entità decentrate (federali e regionali). Sul punto v. A. D’ATENA, P. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello: tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004; G. ROLLA, *L’autonomia delle comunità territoriali. Profili costituzionali*, Milano, 2008, p. 28 ss.; S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione europea*, Milano, 2009, p. 10 ss.; L. SCHIANO DI PEPE, *Diritto comunitario e diritto dell’Unione europea*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. 2009, 2010, pp. 121 ss.; A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, Milano, 2010, p. 453 ss.

¹⁰ In generale, con tale espressione (in italiano *dominio riservato* o *competenza domestica*), si indicano le materie che ricadono nella giurisdizione esclusiva dello Stato e rispetto alle quali uno Stato è libero da obblighi derivanti dal diritto internazionale consuetudinario o pattizio, ed in cui gli altri Stati non possono intervenire. Cfr. B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2017, X ed., p. 176 ss.; nonché A. D’AMATO, *Domestic Jurisdiction* (voce), in *Encyclopedia of Public International Law*, 1992, pp. 1090-1096; A. GIOIA, *Diritto internazionale*, Milano, 2015, pp. 179-180. Deve evidenziarsi che inteso *ratione materiae* il concetto di dominio riservato presenta carattere dinamico: si è, infatti, assistito negli anni alla progressiva “penetrazione” del diritto internazionale nel diritto interno in settori tradizionalmente riservati alla competenza esclusiva dello Stato ed oggi disciplinati da norme internazionali. Inizialmente, anche la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali era demandata unicamente alle Corti costituzionali ed ai giudici nazionali dei singoli Stati membri. In ambito comunitario, si è assistito ad una iniziale e circoscritta fase di “declinazione di competenza” ad opera della Corte di giustizia in materia di tutela dei diritti fondamentali avendo essa in più occasioni specificato, in riferimento al proprio ruolo, che “i diritti fondamentali sono esterni all’ordinamento giuridico in cui la Corte è collocata e sono del pari estranei alle fonti cui quest’ultima può fare riferimento”. In tal senso v. la sentenza della Corte di giustizia del 4 febbraio 1959, causa 1/58, *Stork c. Alta Autorità*. A partire dalla fine degli anni ‘60 si è invece assistito ad uno “sviluppo *in progress*” dei medesimi, non più intesi come mere libertà economiche e divenuti nella “fase protezionista”, per un verso, vincolanti per gli Stati membri e, per altro verso, presupposto indispensabile per la legittimità degli stessi atti comunitari. In tal senso v. E. MALFATTI, *op. cit.*, p. 4 ss.; M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali: il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, ottobre 2014, in www.cortecostituzionale.it. Con specifico riferimento alla tutela dei diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona v. L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e Trattato di Lisbona*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar*, I, Milano, 2009, p. 235 ss.; V. ONIDA, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, in E. PACIOTTI (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma, 2011, p. 11 ss.; P. DE PASQUALE, *Dalla primauté delle libertà economiche a quella dei diritti dei cittadini?*, in P. DE PASQUALE, C. PESCE (a cura di), *I cittadini e l’Europa-Principio democratico e libertà economiche*, Napoli, 2015, p. 128 ss.; P. PAROLARI, *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il “dialogo” tra le corti nel disordine delle fonti*, in *Diritto e que-*

Più nello specifico, con l'espressione "tutela multilivello" ci si riferisce ai rapporti che sempre più di frequente si instaurano tra differenti giudici, rispettivamente operanti nell'ordinamento italiano (Corte costituzionale e giudici comuni) e nel contesto di due giurisdizioni istituite a livello europeo ed aventi specifiche competenze in materia di tutela dei diritti umani: la Corte di giustizia UE¹¹ e la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU)¹². Tutela multilivello, pertanto, significa riconoscere una dimensione ampia¹³ alla difesa giurisdizionale dei diritti fondamentali, non più confinata nell'orizzonte nazionale di ciascuno Stato¹⁴, bensì capace di espandersi mediante l'accesso dei singoli interessati, seppur a determinate condizioni, a "giudici esterni" tuttavia riconosciuti in vario modo dal diritto interno e collegati, mediante specifici meccanismi¹⁵, ai giudici statali¹⁶.

zioni pubbliche, 2017, p. 31 ss.; M.C. CARTA, *Dalla libertà di circolazione alla coesione territoriale nell'Unione europea*, Napoli, 2018, p. 1 ss.

¹¹ V. articoli 13 e 19 TUE e articoli da 251 a 281 TFUE.

¹² In tutti gli ordinamenti citati è sancito il principio del riconoscimento e della tutela dei diritti fondamentali, definiti come inviolabili (art. 2 Cost.); il rispetto di tali diritti, infatti, costituisce la *condicio sine qua non* sia per l'ammissione di nuovi Stati membri all'Unione europea (articoli 2 e 49 TUE), sia per l'appartenenza al Consiglio d'Europa e per la conseguente adesione di uno Stato alla CEDU. V. *amplius* G. ROLLA, *Alcune considerazioni sui possibili effetti delle codificazioni e della giurisprudenza sovranazionali in materia di diritti sul c.d. "sistema europeo" di giustizia costituzionale*, in *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010, p. 21 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010; M. CARTABIA, *Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court*, in *50ème Anniversaire de l'arrêt. 50th Anniversary of the Judgment in Van Gend and Loos, 1963-2013*, Luxembourg, 2013, p. 155 ss.

¹³ In dottrina è stato al riguardo evidenziato che si assiste a livello internazionale, ad una fortissima espansione dei diritti, "venuti ad assumere una vera e propria presenza iconografica nel mondo non solo del diritto ma anche della politica". Così D. TEGA, *La CEDU e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 67.

¹⁴ Sull'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali, con particolare riferimento al passaggio dalla tutela delle libertà meramente economiche e di circolazione al complesso delle tutele giurisdizionali assicurate dall'ordinamento comunitario, v. M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 13 ss.; P. PUOTI, *I diritti fondamentali dell'UE dopo «Lisbona»*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, P. PUOTI (a cura di), *op. cit.*, p. 26 ss.; A. ARENA, F. BESTAGNO, G. ROSSOLILLO, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Torino, 2016; E. CANNIZZARO, *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 23 ss., spec. p. 29; M.C. CARTA, *op. cit.*, p. 1 ss.

¹⁵ V. *infra*, par. 4.

¹⁶ In ordine al legame inscindibile tra posizioni soggettive e loro tutela giudiziaria, in dottrina è stato osservato che la stessa pretesa al giudice diviene a sua volta oggetto di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito che è strumento e condizione necessaria per la tutela di tutti gli altri. Con ciò volendo evidenziare che il problema della tutela dei diritti fondamentali non dovrebbe risolversi in mere enunciazioni di diritto astrattamente proclamate nelle Carte costituzionali degli Stati, bensì nella effettività degli strumenti di garanzia predisposti dai vari ordinamenti. V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, 2004, p. 72 ove si afferma: "dove c'è un diritto, ci deve essere un giudice per ottenere la tutela. Non c'è situazione in cui il singolo possa essere privato di questa garanzia".

Il sistema di protezione dei diritti fondamentali all'interno dello *spazio giuridico europeo*¹⁷ si presenta oggi in una forma “multidimensionale”¹⁸ ove, accanto alla tutela garantita dalle costituzioni degli ordinamenti nazionali, hanno trovato affermazione anche una molteplicità di fonti di carattere sovranazionale ed internazionale che costituiscono un importante baluardo nella difesa di un patrimonio di valori condivisi¹⁹. Pur formalmente indipendenti tra loro, le citate Carte dei diritti²⁰ non “coesistono nell'isolamento ma si aprono al riconoscimento reciproco”²¹ ed al rispetto dei diritti fondamentali sanciti nelle costituzioni nazionali. Al contempo, un numero crescente di Stati ha introdotto nella propria costituzione una qualche forma di rinvio al diritto sovranazionale ed internazionale²², andando così a creare una “trama di rinvii incrociati” in forza dei quali, oggi, l'individuazione, l'attuazione e la tutela dei diritti fondamentali possono avvenire solo attraverso l'intersezione tra fonti normative nazionali, comunitarie ed internazionali.

Sovente in dottrina è stata utilizzata l'espressione “costituzionalismo multilivello”²³ o “pluralismo costituzionale”²⁴, proprio a voler evidenziare l'idea dell'incorporazione di più sistemi normativi e giurisdizionali all'interno di un unico “sistema costituzionale composito”²⁵, fondato sul presupposto della corresponsabilità dei giudici nazionali europei nel fissare “ciò che costituisce la legge/il diritto in ogni fattispecie concreta”²⁶. Nel contesto di continua trasformazione del diritto contemporaneo, pertanto, la tradizionale teoria (statocentrica) delle fonti del diritto necessita sempre più di essere integrata da una teoria dell'interpretazione giudiziale. Ricade, infatti, principalmente sui giudici²⁷ l'onere di armonizzare, in via interpretativa, la pluralità sempre più composita e articolata di fonti in materia di diritti fondamentali, oppure di stabilire quale di queste fonti debba prevalere nel caso di

¹⁷ V. *supra*, par. 1.

¹⁸ In ordine all'autonomia ed all'autosufficienza di ciascun sistema di tutela dei diritti v., *ex multis*, F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 79 ss.

¹⁹ Cfr. P. BILANCIA, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, 2006, in www.archivio.rivistaaic.it.

²⁰ Ci si riferisce alla CEDU e alla Carta DFUE. V. *supra*, par. 1.

²¹ Cfr. P. PAROLARI, *op. cit.*, pp. 31-58.

²² V. *infra*, par. 4.

²³ L. DANIELE, *La protezione dei diritti*, cit., p. 645 ss.; I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, in *Columbia Journal of European Law*, 2009, p. 349 ss.; G. DELLA CANANEA, *Is European Constitutionalism Really “Multilevel”?*, in *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010, p. 283 ss.; J. ZILLER, *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e “costituzionalizzazione” della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 51 ss.; G. CAGGIANO, *La tutela europea*, cit., pp. 66-67.

²⁴ M. AVBELJ, J. KOMÁREK (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2012.

²⁵ Così in F. SORRENTINO, *op. cit.*, p. 79 ss.

²⁶ G. DI FEDERICO, *Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-level Protection after the Lisbon Treaty*, in G. DI FEDERICO (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, London, 2011, p. 22 s.; G. CAGGIANO, *La tutela europea*, cit., p. 67.

²⁷ M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, p. 1 ss., ove viene affermato che “i giudici dialogano, si confrontano e talvolta si scontrano, assumendo così un ruolo fondamentale nella costruzione del nuovo ordine giuridico, tramite la predisposizione di canali comunicativi e di coordinamento tra spazi giuridici diversi”.

conflitti normativi non evitabili mediante la tecnica armonizzatrice dell'interpretazione conforme.

3. Risultando per il momento piuttosto problematica²⁸ l'adesione dell'UE alla CEDU²⁹, la ricordata pluralità di sistemi o livelli³⁰ – pur in presenza di tecniche di coordinamento volte ad evitare sovrapposizioni di competenze tra la Corte di giustizia UE e la Corte EDU³¹ – può comportare “rischi di conflitti e antinomie”³².

Per evitare di incorrere in tali nefaste conseguenze, i riferimenti incrociati compiuti dalle c.d. *Corti a carattere costituzionale*³³ ai medesimi diritti, talvolta di contenuto non del tutto analogo, mirano a “stabilizzare”³⁴ quantomeno il livello minimo di garanzie dettate a tutela degli stessi. Al fine di assicurare omogeneità alle pronunce emesse dalle competenti Corti dei differenti “sistemi giuridici sussidiari o suppletivi”³⁵ operanti in Europa³⁶, nella materia in esame si dovrebbe trovare il modo di garantire la prevalenza dell'interpretazione ed applicazione giurisprudenziale rispetto al valore intrinseco dei “testi costituzionali” (Trattati istitutivi dell'UE, Carta DFUE, CEDU e costituzioni nazionali)³⁷. Al riguardo, si evidenzia come, in progresso di tempo, sia stato proprio il metodo pretorio a contribuire all'individuazione ed alla successiva condivisione e consolidamento di un patrimonio di diritti fondamentali in Europa. Infatti, per un verso, la base del riconoscimento dei diritti nell'Unione europea quali principi generali deriva proprio dalle pronunce della

²⁸ V. *infra*, par. 7.

²⁹ Sul punto v. A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 38 ss.; C. MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: un percorso non ancora concluso*, in *Scritti Tesauro*, cit., p. 45 ss.; I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, Milano, 2015, p. 98 ss.

³⁰ V. *supra*, par. 2.

³¹ V. *infra*, par. 7.

³² In tal senso v. G. CAGGIANO, *La tutela europea*, cit., p. 65.

³³ Con tale espressione ci si riferisce alla Corte EDU, alla Corte di giustizia UE ed alle corti costituzionali dei singoli Stati. In tal senso v. E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 29 ss.; V. PICCONE, *op. cit.*, p. 97.

³⁴ Cfr. G. CAGGIANO, *La tutela europea*, cit., p. 66; v. anche P. BILANCIA, *Le nuove frontiere*, cit., ove si rileva che “l'ordinamento internazionale, al termine del XX secolo, al fine di salvaguardare gli *standards* minimi della tutela dei diritti umani ha in un certo qual modo ‘perforato’ gli ordinamenti nazionali, introducendo al loro interno quel patrimonio di valori condivisi dei quali i diritti dell'uomo costituiscono l'essenza”.

³⁵ In tal senso v. G. CAGGIANO, *La tutela europea*, cit., p. 66, ove l'A. pone in evidenza come con tale espressione si vuole evocare “l'idea di situazioni giuridiche soggettive che cercano e ottengono tutela in diversi ordinamenti tramite giurisdizioni non riconducibili a unità o gerarchia”. Con riferimento alle caratteristiche (*gradualismo* e *sussidiarietà*) dell'azione della Corte EDU, v. *infra*, par. 4.

³⁶ In dottrina è stato evidenziato il frequente verificarsi in Europa che diverse autorità giurisdizionali, in ordine a vicende processuali vertenti sulla medesima materia, emettano sentenze contraddittorie se non addirittura diametralmente opposte; e ciò in ragione del fenomeno del “pluralismo interpretativo”, ben sintetizzato nella formula *tot capita, tot sententiae*. Cfr. F. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?*, in *Archivio penale*, I, 2013, p. 4.

³⁷ Cfr. G. TESAURO, *I dialoghi tra giudice comunitario e giudice italiano come fattore insostituibile di crescita del sistema giuridico comunitario*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, p. 1363 ss.; ID., *Courts and Human Rights*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2009, p. 199 ss.; P. KINSCH, *Droits de l'homme et reconnaissance internationale es situations juridiques personnelles et familiales*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Napoli, 2012, p. 217 ss.; S.M. CARBONE, *op. cit.*, p. 95 ss.

Corte di giustizia³⁸, vincolanti sia per le stesse istituzioni UE, sia per gli Stati membri; per altro verso, il catalogo dei diritti contenuto nella CEDU, grazie alla continua attività creativa della Corte di Strasburgo, costituisce oggi il cospicuo ed articolato diritto vivente³⁹.

Da quanto sinora affermato emerge come l’espressione “multilivello” sia volta ad accrescere la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali, collocandola nello *spazio giuridico europeo*⁴⁰ senza che – è bene precisarlo – con il riferimento alla “pluralità di livelli” si voglia alludere ad una posizione di superiorità od inferiorità dei vari giudici, quanto piuttosto alla concreta possibilità che su determinate istanze possano essere chiamati a pronunciarsi giudici differenti; e ciò al sotteso fine di offrire la massima protezione possibile ai diritti universalmente riconosciuti come fondamentali.

Nella materia in esame, particolare rilievo riveste la consapevolezza che lo strumento per eccellenza di garanzia delle posizioni del singolo (o di un gruppo sociale) è rappresentato dal diritto alla tutela giudiziaria⁴¹. Si deve a tal riguardo ricordare che il sistema operante nella cornice europea non può essere fotografato staticamente, in quanto anch’esso significativamente *in progress*⁴². Appare, dunque, più opportuno riferirsi ai “rapporti” o ancor meglio al “dialogo” e “confronto” tra

³⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*; del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in cui veniva affermato che: “il rispetto dei diritti fondamentali fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte assicura il rispetto”. Sul punto v. M. CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L’Italia in Europa*, Bologna, 2000, p. 217 ss.; E. CANNIZARO, *op. cit.*, p. 29; M.C. CARTA, *op. cit.*, p. 10.

³⁹ Si deve, infatti, alla Corte EDU la continua opera di aggiornamento del novero di nuovi diritti legati ai cambiamenti della società e della tecnologia (c.d. diritti di quarta generazione), quali ad esempio quelli in materia familiare e genetico-riproduttiva. In tema v. M. O’BOYLE, *The Future of the European Court of Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, p. 1862 ss.; U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano*, in U. VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Bari, 2015, II ed., p. 95 ss. e p. 117.

⁴⁰ V. *supra* par. 1, in particolare nota 2.

⁴¹ Al riguardo si segnala la recente sentenza della Corte di giustizia (GS) del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas*, resa in seguito ad un rinvio pregiudiziale operato dal Supremo Tribunal Administrativo (Corte amministrativa suprema del Portogallo). In tale occasione la Corte di giustizia si è ampiamente soffermata sull’interpretazione dell’art. 19 TUE, richiamando la sua giurisprudenza secondo cui la garanzia di un controllo giurisdizionale effettivo, idoneo a salvaguardare il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione dei Trattati, è affidata alla Corte di giustizia, al Tribunale ed ai giudici nazionali. In un passaggio chiave della citata decisione (punto 32), la Corte di Lussemburgo è andata oltre alla “tradizionale” interpretazione dell’art. 19 TUE, individuando in quest’ultimo un collegamento diretto con l’art. 2 TUE ed affermando che “l’articolo 19 TUE (...) concretizza il valore dello Stato di diritto affermato dall’articolo 2 TUE”. Con ciò meglio identificando la fonte ed il contenuto dell’obbligo degli Stati membri di assicurare il rispetto della *rule of law* attraverso un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti idonei ad apprestare un controllo giurisdizionale effettivo nei settori disciplinati dal diritto UE. Per un approfondito commento della citata sentenza v. M. PARODI, *Il controllo della Corte di Giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, 2018, in www.europeanpapers.eu, pp. 1-8.

⁴² Al riguardo si veda, diffusamente, R.G. CONTI, *Il sistema di tutela multilivello e l’interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *Questione giustizia*, 2016, p. 89 ss.; nonché A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress al servizio dei diritti fondamentali*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, 2014, pp. 579 ss.

giudici⁴³, con ciò volendo indicare il più consolidato rapporto interno fra giudici comuni e Corte costituzionale, per poi passare alle possibili ipotesi di dialogo “a due” tra giudici interni (comuni e/o Corte costituzionale) e Corte di giustizia UE da una parte, tra giudici interni e Corte EDU dall’altra, od a quello maggiormente problematico tra Corte di giustizia UE e Corte EDU⁴⁴, con la possibilità che talvolta si giunga ad un “dialogo a tre” mediante il coinvolgimento di tutti gli attori del circuito giurisdizionale complessivamente considerati (giudici interni, Corte di Lussemburgo e Corte di Strasburgo)⁴⁵.

Con particolare riferimento alla CEDU, basti ricordare che essa, all’art. 34, prevede una forma di tutela diretta da far valere nei confronti di tutti i 47 Stati, membri del Consiglio d’Europa. L’accesso diretto alla Corte EDU per la tutela dei diritti consente ai singoli di far valere la lesione di un proprio diritto soggettivo solo dopo aver esperito i possibili ricorsi interni a livello nazionale⁴⁶, con la precisazione che la procedura di giudizio interno varia ovviamente da Stato a Stato. È proprio in tal modo che trova applicazione il fondamentale *principio di sussidiarietà* rispetto ai sistemi nazionali di garanzia dei diritti dell’uomo di cui agli articoli 1, 13 e 35, par. 1, CEDU. Se, per un verso, la tutela accordata dalla Corte EDU è uniforme, dovendo coprire con la sua giurisprudenza un livello minimo di tutela per tutti i 47 Stati del Consiglio d’Europa, per altro verso la stessa CEDU prevede, all’art. 15, la possibilità per gli Stati di adottare in caso di urgenza, previa adeguata motivazione, delle misure derogatorie rispetto agli obblighi previsti dalla Convenzione. Su tali motivi, la Corte di Strasburgo esercita il proprio sindacato, adottando il criterio del “margine di apprezzamento”⁴⁷ in forza del quale è chiamata a valutare l’operato degli Stati a cui, *in primis*, è riconosciuto un ampio “margine di discrezionalità”, essendo loro consentite forme di limitazione dei diritti, giustificate da interessi generali fonda-

⁴³ In materia di dialogo tra le Corti v. *ex multis*, Y. SHANY, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford, 2007; M. POJARES MADURO, *Courts and Pluralism*, in J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, 2009, p. 356 ss.; G. HARPAZ, *The European Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights: The Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 105 ss.; O. POLLICINO, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010; U. VILLANI, *Tutela dei diritti fondamentali nel ‘dialogo’*, cit., p. 115 ss.; S. MORANO FOADI, S. ANDREADAKIS, *Reflections on the Architecture of the EU after the Treaty of Lisbon: The European Judicial Approach to Fundamental Rights*, in *European Law Journal*, 2011, p. 595 ss.; G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The Interaction between Europe’s Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham, 2012.

⁴⁴ V. *infra*, par. 7.

⁴⁵ In tal senso v. E. MALFATTI, *op. cit.*, p. XV.

⁴⁶ Per l’esame degli aspetti procedurali relativi alle condizioni di ricevibilità dei ricorsi alla CEDU v. R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004, p. 151 ss.; C. PITEA, *Art. 35. Condizioni di ricevibilità*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 655 ss.

⁴⁷ Per un esaustivo commento all’art. 15 CEDU v. G. CATALDI, *Art. 15 CEDU*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 425.

mentali per gli ordinamenti nazionali (es. pericolo pubblico o sicurezza pubblica)⁴⁸. La Corte di Strasburgo, dunque, è un organo giurisdizionale di un ordinamento internazionale, che non utilizza il diritto scritto originato da una sovranità popolare (Parlamento) ma, applicando le disposizioni contenute nella CEDU, crea diritto idoneo a vincolare gli ordinamenti nazionali, chiamati ad obbligarvisi. È questo il principio di *consequences as implication*⁴⁹ proprio della vincolatività del precedente giurisprudenziale che comporta la “penetrazione” nell’ordinamento nazionale di una nuova regola di diritto nonché la sua “universalizzazione”⁵⁰ allo scopo di regolare in futuro fattispecie analoghe. In tal modo la fondamentale funzione di *law maker* della Corte EDU implica quale diretta conseguenza quella di vincolare i giudici nazionali a rispettare i principi di diritto sanciti dalla giurisprudenza europea allorché siano chiamati a risolvere casi del tutto simili⁵¹. In ordine ai limiti di tale affermazione occorre ora richiamare, seppur sinteticamente, la fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015 che, rivedendo in parte l’orientamento di cui alle sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007⁵², circoscrive la ricordata vincolatività delle decisioni della Corte EDU alle pronunce che costituiscono espressione di una “giurisprudenza consolidata” o di una “sentenza pilota”⁵³.

4. Di particolare complessità è la vicenda relativa ai rapporti intercorrenti tra i giudici nazionali, la Corte di giustizia UE e la Corte EDU in ragione delle profonde differenze che caratterizzano le Corti europee sia per quanto concerne i diversi sistemi normativi a cui fanno capo, sia per le rispettive platee di Stati parte, sia ancora per i diversi sistemi per adirle (compresa la dissimile declinazione del principio di complementarità rispetto alle giurisdizioni nazionali) e per il differente tipo di pronunce e dei loro effetti.

⁴⁸ In siffatte ipotesi si pone, dunque, per la Corte EDU il problema di non invadere la decisione politica dello Stato laddove sarà proprio quest’ultimo l’eventuale convenuto chiamato a rispondere davanti alla Corte EDU per atti, comportamenti od omissioni che costituiscono espressione dei suoi poteri. In tema v. A. MOWBRAY, *The Creativity of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2005, pp. 57 ss.; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2014, p. 25 ss.

⁴⁹ Con tale espressione ci si riferisce al concetto di “vincolatività del precedente”, idoneo a comportare la penetrazione nell’ordinamento di una nuova regola di diritto avente la finalità di regolare in futuro una determinata fattispecie.

⁵⁰ Sul punto v. S. CASSESE, *Universalità del diritto*, Napoli, 2005, p. 7 ss.

⁵¹ In ordine alla condizione del “decisore” nei sistemi multilivello v. F. PIZZETTI, *La tutela dei diritti nei sistemi sub statuali*, in *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, p. 199 ss.

⁵² V. *infra*, par. 5.

⁵³ Stante tale pronuncia sono sostanzialmente tre le linee guida che il giudice comune dovrebbe seguire nell’utilizzare la giurisprudenza della Corte EDU: a) essa non determina il significato della legge nazionale, ma si limita a valutare se essa, per come è applicata, abbia violato nel caso sottoposto alla sua attenzione la CEDU; b) i giudici comuni hanno il dovere di interpretare il diritto interno in senso conforme alla Convenzione; c) tuttavia è prioritario il loro compito di adottare, per tale diritto, una lettura conforme alla Costituzione, in nome del “predominio assiologico di questa sulla Cedu” (par. 4). In tema v. P. MORI, *Il “predominio assiologico della costituzione sulla CEDU”: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della “normalizzazione” dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in *Sidiblog*, 15 aprile 2015, reperibile online; G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, n. 12, pp. 1-16.

Per quanto concerne i rapporti tra la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo, merita precisare che nella dimensione europea si è passati dalla mera “coesistenza” di due Corti e dal semplice accostamento di due sistemi di protezione dei diritti fondamentali, ad un sempre più pregnante fenomeno di “incorporazione” della CEDU nell’ordinamento UE seppur sempre tramite il “filtro” delle esigenze di quest’ultimo⁵⁴. D’altra parte, deve osservarsi che né nella Carta DFUE né nel Trattato di Lisbona è presente un’indicazione precisa sul rapporto tra Corte di giustizia e Corte EDU, ovvero su quello che potrebbe definirsi “l’anello mancante” nel sistema multilivello di tutela dei diritti, con particolare riferimento all’uso della Carta DFUE che le Corti potrebbero e dovrebbero fare. Omissioni queste che concorrono a delineare una “situazione non del tutto idilliaca” in cui “le convergenze [tra le Corti europee] sono sovente più apparenti che reali”⁵⁵. Tali lacune, infatti, si ritengono non casuali in quanto connesse, per un verso, alle scelte (anche) politiche degli Stati, che con riferimento all’Italia si ripercuotono sulla questione della posizione della CEDU nelle fonti⁵⁶ e, per altro verso, alle “rivendicazioni autonomiste ed indipendentiste” della Corte di giustizia che si concretano nell’atteggiamento ostruzionistico dalla stessa posto in essere in sede di adesione dell’UE alla CEDU⁵⁷.

Ciò detto, certamente una pietra miliare relativa ai rapporti tra i due ordinamenti sovranazionali è rappresentata dalla “presunzione di equivalenza” della tutela dei diritti fondamentali assicurata dal diritto UE rispetto a quella garantita dalla CEDU⁵⁸, quale risultante dalla nota sentenza *Bosphorus*⁵⁹. Con la precisazione che

⁵⁴ V. *infra*, par. 6.

⁵⁵ In tal senso v. B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell’Unione europea*, Milano, 2002, pp. 6-8. in cui l’A. evidenzia: “occorre esser cauti nell’enfatizzare i punti di convergenza tra le due Corti e saper guardare al di là degli apparenti, ed anche estesi riferimenti alla giurisprudenza di Strasburgo nella giurisprudenza di Lussemburgo”.

⁵⁶ V. *infra*, par. 5.

⁵⁷ V. *infra*, par. 6.

⁵⁸ In forza di tale principio il trasferimento di poteri operato dagli Stati aderenti al sistema convenzionale in favore di un’organizzazione quale l’UE non è incompatibile con la CEDU se all’interno di tale organizzazione sovranazionale i diritti fondamentali ricevono comunque una protezione equivalente in ordine alle garanzie sostanziali offerte ed ai meccanismi per controllare la loro osservanza. Per un’approfondita analisi della dottrina della protezione equivalente cfr. F. BENOIT-ROHMER, *À propos de l’arrêt Bosphorus Airlines du 30 juin 2005, l’adhésion contrainte de l’Union à la Convention*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2005, p. 827 ss.; E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell’Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 762 ss.; T. LOCK, *Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights’ Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2010, p. 529 ss.

⁵⁹ Sentenza della Corte EDU del 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret AS c. Irlanda*. Nel richiamare la propria giurisprudenza in materia, i giudici di Strasburgo ribadirono la non sindacabilità innanzi alla Corte EDU delle norme comunitarie direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri, non essendo la Comunità Europea (oggi Unione) parte della Convenzione europea. Veniva al riguardo evidenziato che la diretta applicabilità dei regolamenti ed il loro carattere vincolante privava i Paesi membri di ogni potere discrezionale in ordine alla loro trasposizione. Conseguentemente, in presenza di normative con tali caratteristiche (diretta applicabilità e mancanza di potere discrezionale), non poteva essere invocata la responsabilità per violazione della CEDU delle singole autorità nazionali, prive di autonomia decisionale. Merita ricordare che dopo alterne vicende giudiziarie dinanzi ai giudici interni, la questione era stata precedentemente oggetto di giudizio in via pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee (sentenza del 30 luglio 1996, causa C-84/95,

tale presunzione è superabile solo mediante la messa in evidenza di una “manifesta carenza”⁶⁰ di protezione del sistema comunitario in un determinato settore protetto dalle norme convenzionali.

In merito ai rapporti tra giudici nazionali e Corti europee, ciò di cui occorre prendere atto è che la giurisdizione nazionale, costituzionale e non – ormai fortemente svincolata dalla visione del giudice interno come *hortus conclusus*⁶¹ – è chiamata oggi ad operare in uno spazio giuridico costantemente *in progress*, in cui risulta imprescindibile misurarsi con le Corti sovranazionali⁶². Ed invero, al dialogo giurisprudenziale tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo sovente partecipano, direttamente o indirettamente, i giudici ordinari degli Stati membri dell’Unione e/o degli Stati Parte del Consiglio d’Europa⁶³ in quanto sono loro i principali tutori dei diritti fondamentali.

Nel diritto dell’Unione europea, è il rinvio pregiudiziale⁶⁴ a collegare significativamente il giudizio interno a quello della Corte di giustizia UE⁶⁵, chiamata a pronunciarsi su una questione sorta in un processo nazionale e concernente l’interpretazione di una disposizione europea o la validità di un atto dell’Unione, la cui soluzione risulti necessaria affinché il giudice nazionale possa decidere la causa. In siffatte ipotesi, dunque, alla Corte di giustizia è richiesto di svolgere il fonda-

Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications e a.), su cui si veda E. DREWNIAK, *The Bosphorus Case: The Balancing of Property Rights in the European Community and the Public Interest in Ending the War in Bosnia*, in *Fordham International Law Journal*, 1996, p. 919 ss.

⁶⁰ Al punto 156 della citata sentenza la Corte EDU, infatti, sancisce il principio di diritto secondo cui “si deve presumere che l’operato delle autorità statali sia conforme alla CEDU ogni qualvolta esse non facciano altro che dare corretta attuazione agli obblighi sovranazionali di derivazione comunitaria”. Tale presunzione, tuttavia, non è assoluta bensì relativa, e può essere superata solo dimostrando una manifesta carenza (“manifestly deficient”) dell’ordinamento comunitario nella tutela dei diritti garantiti dalla CEDU.

⁶¹ V. A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice*, cit., p. 20, ove nel paragrafo relativo alle mutazioni genetiche della funzione giurisdizionale si fa espresso riferimento ad un “diritto giurisprudenziale interno che supera ampiamente il recinto nazionale”.

⁶² V. *supra* par. 2, in particolare la nota 10.

⁶³ V. G. CAGGIANO, *La tutela europea*, cit., p. 68; M. CARTABIA, *Fundamental Rights*, cit., p. 155 ss.

⁶⁴ V. O. PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia dell’Unione europea: le modifiche previste dal Trattato di Lisbona*, in P. BILANCIA, M. D’AMICO (a cura di), *La Nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona (Atti del Seminario del 15 Febbraio 2008)*, Milano, 2009, p. 223 ss.

⁶⁵ La Corte di giustizia rivendica il dovere dei giudici nazionali di disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto UE, fatta salva la possibilità di ricorrere allo strumento dell’interpretazione pregiudiziale. Per una ricostruzione della dottrina v. *ex pluribus* G. CAGGIANO, *La dottrina italiana nella fase costituente dell’ordinamento giuridico comunitario*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2013, p. 441 ss., spec. 460 ss. In tal senso v. la sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkglagaren Fransson* ove, come osservato in dottrina, in relazione ai possibili contrasti tra norme interne e Carta dei diritti fondamentali dell’UE, si afferma che “il diritto dell’Unione osta a una prassi giudiziaria che subordina l’obbligo, per il giudice nazionale, di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Carta, alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dal tenore della medesima o dalla relativa giurisprudenza, dal momento che essa priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collaborazione della Corte, la compatibilità di tale disposizione con la Carta medesima”. Cfr. G. CAGGIANO, *La tutela europea*, cit., p. 69.

tale ruolo di garante del diritto UE⁶⁶, ivi compresa della Carta DFUE⁶⁷, fornendo al giudice nazionale gli elementi d'interpretazione utili per la valutazione della disposizione interna nel giudizio di conformità con i diritti fondamentali⁶⁸.

Relativamente ai rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU, occorre evidenziare come per essi si pone il fondamentale problema dell'applicazione delle norme della CEDU, inteso non soltanto quale obbligo di necessario rispetto delle disposizioni veicolate nell'ordinamento italiano in base alla legge di ratifica del Trattato che ne assicura la piena esecuzione, ma anche al diritto derivato dalla citata funzione di *law maker* della Corte EDU⁶⁹. Attualmente anche l'ordinamento italiano si conforma al rispetto delle due fondamentali caratteristiche dell'azione della Corte EDU vale a dire il *gradualismo* nel senso che, come già evidenziato⁷⁰, la Corte di Strasburgo può essere adita solo quando siano stati esperiti tutti i gradi di giudizio interni⁷¹, e la *sussidiarietà*⁷² in quanto chiamata a pronunciarsi solo in seguito all'inefficienza ed incapacità dei giudici e, più in generale, delle autorità nazionali⁷³ di assicurare un adeguato livello di tutela ai diritti fondamentali. Ed invero, l'intervento della Corte EDU e talvolta anche quello della Corte di giustizia UE, pur non previsti espressamente in alcuna disposizione della nostra Costituzione, rispondono di fatto all'esigenza di porre rimedio ad una "patologia (talvolta strutturale) del sistema

⁶⁶ Sul punto cfr. R. BARATTA, *National Courts as "Guardians" and "Ordinary Courts" of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ*, in *Legal Issues of Economic Integration*, p. 297 ss.

⁶⁷ V. A. ADINOLFI, *La rilevanza della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza interna: qualche riflessione per un tentativo di ricostruzione sistematica*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 29 ss.

⁶⁸ Al riguardo deve evidenziarsi che a tutt'oggi la Corte di giustizia continua a riconoscere in capo ai giudici nazionali il potere di disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto UE, fatta eccezione del ricorso allo strumento dell'interpretazione pregiudiziale. Per un più approfondito esame di queste tematiche v. *amplius* G. CAGGIANO, *La tutela europea*, cit., p. 69.

⁶⁹ V. *supra* le osservazioni di cui al par. 3.

⁷⁰ V. *supra* par. 3, in particolare la nota n. 44.

⁷¹ Nell'ambito del sistema CEDU, il ruolo dei giudici nazionali è insito nella regola del previo esaurimento dei ricorsi interni di cui all'art. 35, par. 1, nonché nell'obbligo degli Stati contraenti la Convenzione di garantire *ex art. 13* CEDU un ricorso effettivo dinanzi ad un'istanza nazionale per le violazioni dei diritti convenzionali. Più in generale, un altro esempio di raccordo tra decisioni emesse da differenti giudici è certamente fornito dal meccanismo che determina la produzione degli effetti delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento nazionale; così come anche il forte sviluppo delle "influenze" esercitate dalla giurisprudenza europea sull'attività dei giudici statali, a loro volta chiamati a conformarsi al c.d. diritto vivente. Cfr. G. CAGGIANO, *La tutela europea*, cit., p. 68; P. BILANCIA, *op. cit.*

⁷² Il riferimento al principio di sussidiarietà e alla teoria del margine di apprezzamento è oggi contemplato nel Preambolo del Protocollo n. 15. Sul punto v. M.L. PADELLETTI, *Il Protocollo n. 15 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: quali prospettive per i ricorsi individuali alla Corte europea?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 761 ss.; C. ZANGHI, *I progetti di Protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2013, n. 43, p. 24 ss.; E. NALIN, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 117 ss.

⁷³ Cfr. E. MALFATTI, *op. cit.*, p. 105; A. BULTRINI, *Il futuro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Affari Internazionali*, 2012, p. 1 ss., in cui l'A. evidenzia che "il compito di tutelare i diritti umani ricade innanzitutto sulle autorità nazionali per il motivo che queste operano sul campo e in gran parte dei casi hanno la possibilità di prevenire le violazioni o di rimediarevi tempestivamente. La Corte "chiude" il sistema e interviene in seconda battuta (a parte la richiesta eccezionale di misure cautelari) là dove le autorità nazionali non siano state in grado di dare una risposta adeguata".

interno”, ovvero alla sua concreta ed effettiva capacità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali che pure, almeno astrattamente, vengono da esso proclamati.

A tal proposito, merita osservare che con la recente entrata in vigore⁷⁴ del Protocollo n. 16 CEDU⁷⁵, grazie al meccanismo dell’*advisory jurisdiction* in esso previsto, è ora riconosciuta alle più alte giurisdizioni (“Highest courts and tribunals”) di un’Alta Parte contraente di effettuare un rinvio incidentale interpretativo, vale a dire di richiedere alla Corte EDU “pareri consultivi su questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli”⁷⁶, strumentali ad una definizione della causa domestica. Come precisato nel Preambolo, la *ratio* di tale Protocollo, opportunamente definito “protocole du dialogue”⁷⁷ è quella di estendere la *advisory jurisdiction* della Corte EDU⁷⁸, affinché essa possa “interagire maggiormente con le autorità nazionali consolidando in tal modo l’attuazione della Convenzione, conformemente al principio di sussidiarietà”. L’obiettivo dichiarato è, infatti, quello di incentivare il “dialogo tra giudici”, al fine di garantire una migliore attuazione della CEDU a livello nazionale e, conseguentemente, favorire la riduzione del contenzioso a Strasburgo.

5. Per anni una delle principali questioni che ha investito la materia in esame è stata quella relativa alla posizione della CEDU all’interno delle fonti dell’ordinamento italiano⁷⁹. Al riguardo, merita ricordare che, anteriormente alla riforma dell’art. 117 Cost. ad opera della legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, una parte della dottrina propendeva per l’attribuzione del rango costituzionale alle disposizioni della CEDU in forza sia dell’art. 10, co. 1, Cost., in quanto riferito anche alla norma di diritto internazionale generale “*pacta sunt servanda*”, sia dell’art. 2 Cost., reputato “clausola aperta” suscettibile di ricomprendere non solo i diritti contemplati dalla stessa Costituzione, ma anche nuovi ed ulteriori diritti derivanti dalla

⁷⁴ Il citato Protocollo è entrato in vigore per i dieci Stati che al momento lo hanno ratificato (Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia, Ucraina e Francia) dal 1° agosto 2018. Lo strumento di ratifica dell’Italia non risulta ancora depositato nonostante già in data 30 dicembre 2014, il Governo abbia presentato il d.d.l. n. 2801, riguardante la ratifica e l’esecuzione dei Protocolli n. 15 e n. 16 alla CEDU. Esso, in attuazione dell’art. 10 del Protocollo n. 16, conteneva l’indicazione delle giurisdizioni nazionali che possono presentare alla Grande camera le richieste di parere consultivo (Corte di cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti e Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana). Nella seduta dell’Assemblea della Camera dei deputati del 26 settembre 2017, è stato altresì approvato un emendamento per ricomprendere tra le autorità giurisdizionali abilitate a tale strumento anche la Corte costituzionale, riconoscendo ad essa la facoltà di partecipare al dialogo con la Corte di Strasburgo.

⁷⁵ Approvato dal Comitato dei ministri nella seduta del 10 luglio 2013 e aperto alla firma il successivo 2 ottobre.

⁷⁶ V. art. 43, par. 2, CEDU.

⁷⁷ È questa la definizione di Dean Spielmann, Presidente della Corte EDU dal 1° novembre 2012 al 30 ottobre 2015 in occasione della settantottesima riunione della Corte, reperibile *online*.

⁷⁸ Cfr. gli articoli 47, 48 e 49 CEDU. In dottrina v. P. BENVENUTI, *Artt. 47, 48 e 49*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *op. cit.*, p. 696 ss.

⁷⁹ Al riguardo si veda *ex multis* il contributo di U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2008, p. 7 ss. nonché in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, II, p. 1425 ss.

normativa internazionale in materia⁸⁰, sia ancora qualificando la Convenzione EDU alla stregua di un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni *ex art. 11 Cost.* Tuttavia, l'orientamento prevalente, fondato su un dato meramente formale ovvero sulla regola secondo cui le norme internazionali immesse nell'ordinamento italiano acquisiscono lo stesso rango dell'atto normativo con cui si dà ad esse esecuzione⁸¹, attribuiva alla CEDU (ratificata con legge n. 848 del 1955) il rango di legge ordinaria. La diretta conseguenza di tale soluzione era che le disposizioni della CEDU fossero subordinate alla Costituzione italiana e che esse, così come potevano abrogare una legge ordinaria preesistente, ben avrebbero potuto essere abrogate o modificate da una legge ordinaria successiva.

In realtà, in ragione del loro carattere di specialità sorretto dalla volontà dello Stato di garantire il rispetto degli obblighi convenzionali, alle norme della Convenzione EDU veniva comunque riconosciuta una "particolare forza di resistenza" nei confronti di leggi ordinarie successive incompatibili; e ciò salvo che il legislatore non manifestasse inequivocabilmente la volontà di abrogare o modificare le disposizioni della Convenzione⁸².

L'orientamento ormai consolidato è anche il più recente, ovvero quello sancito dalle note sentenze gemelle della Corte costituzionale 348 e 349 del 2007⁸³, in forza del quale l'adesione dell'Italia alla CEDU non ha comportato alcuna limitazione di sovranità. Per tale ragione, alle disposizioni convenzionali non possono riferirsi né l'art. 11 Cost., né le elaborazioni pretorie relative alla prevalenza delle norme comunitarie direttamente applicabili. La CEDU, oggi classificata come fonte di

⁸⁰ V. A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 80 ss. Per un esame critico di tale orientamento dottrinale cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003, III ed., p. 20 ss.

⁸¹ Sul punto v., *ex multis*, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, a cura di M. IOVANE, Napoli, 2018, XI ed., p. 330 ss.

⁸² In tal senso si veda U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, cit., p. 11. In giurisprudenza cfr. la sentenza Corte costituzionale del 19 gennaio 1993 n. 10, rimasta isolata, in cui la particolare forza passiva della Convenzione EDU veniva fatta discendere dal carattere "atipico" della sua fonte giuridica, in quanto tale opponibile anche ad una espressa volontà abrogatrice (o modificatrice) del legislatore ordinario.

⁸³ Per un'analisi approfondita del tema dei rapporti fra ordinamento interno e CEDU v. V. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro italiano*, 2006, V, p. 353 ss.; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giustizia costituzionale*, 2007, p. 3565 ss.; F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, p. 14 ss.; C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze del 24 ottobre 2007*, in *Diritti dell'Uomo*, 2007, n. 3, p. 50 ss.; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 195 ss.; R.G. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, p. 25 ss.; E. MALFATTI, *op. cit.*, p. 113 s.; A. DI STASI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea con particolare riferimento alla Carta*, in A. DI STASI (a cura di), *Spazio europeo e diritti di giustizia: il capo IV della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazioni giurisprudenziale*, Padova, 2014, p. 45 ss.; ID., *I rapporti fra l'ordinamento e il sistema convenzionale*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, pp. 73 ss.; V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, p. 55 ss.

rango sub-costituzionale avente maggior forza di resistenza rispetto alla legge ordinaria, infatti, non produce norme direttamente applicabili⁸⁴ ma crea comunque a carico degli Stati obblighi di adeguamento della propria legislazione⁸⁵. Di tali obblighi internazionali, derivanti dalla ratifica ad opera dell'Italia del Trattato, così come contemplati all'art. 117, co. 1, Cost. a seguito della ricordata riforma del Titolo V della Costituzione⁸⁶, i giudici nazionali devono tener conto, attivando il sindacato di costituzionalità nelle ipotesi di contrasto insanabile in via interpretativa tra norme interne e norme convenzionali⁸⁷. Con le citate sentenze 348 e 349, quindi, la Corte costituzionale afferma che l'art. 117, co. 1, pur non conferendo alle disposizioni della Convenzione europea un rango costituzionale, impone al legislatore ordinario il limite del rispetto degli obblighi internazionali (convenzionali). Conseguentemente, una legge ordinaria incompatibile con una disposizione della CEDU, risulterà incostituzionale per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. Il suddetto articolo, infatti, opera un rinvio mobile alle disposizioni convenzionali che, in quanto norme interposte tra la legge ordinaria e la Costituzione, costituiscono il parametro di valutazione della legittimità costituzionale della legge italiana. In tal modo, la Corte costituzionale riveste contemporaneamente il ruolo di garante della coerenza costituzionale dell'ordinamento italiano anche con riferimento al rispetto dei vincoli internazionali (oltre che comunitari)⁸⁸. Deve al riguardo precisarsi che le disposizioni convenzionali, diversamente da quelle dell'Unione europea, sono sottoposte ad un controllo di costituzionalità non circoscritto ai principi ed ai diritti fondamentali o addirittura ai soli principi supremi (c.d. *teoria dei controlimiti* che

⁸⁴ In dottrina è stato osservato che l'immediata applicabilità delle disposizioni della Convenzione EDU nell'ordinamento italiano, con conseguente possibilità di essere invocate in giudizio dagli individui senza che si renda necessario un intervento legislativo dello Stato, discenderebbe dal combinato disposto degli articoli 1 e 13 CEDU; tali disposizioni, come è noto, prevedono rispettivamente per gli Stati parte un obbligo immediato e precettivo di rispettare i diritti enunciati nella Convenzione ed il diritto riconosciuto ad ogni persona i cui diritti riconosciuti nella stessa siano stati violati ad un ricorso effettivo davanti ad una istanza nazionale. In tal senso v. U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, cit., pp. 8-9 ove l'A. pone altresì in evidenza come l'ordine di esecuzione, contenuto nella legge di autorizzazione alla ratifica della CEDU (legge 4 agosto 1955 n. 848), esprima “la volontà del legislatore di dare ‘piena ed intera esecuzione’ alla stessa e non di rinviare tale esecuzione all’emanazione di ulteriori, successive misure legislative”.

⁸⁵ Sul punto v. E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. CAPPUCCIO, E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, Napoli, 2013, p. 260 ss.

⁸⁶ Tale disposizione prevede che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (oltre che della Costituzione e dell'ordinamento comunitario).

⁸⁷ Sul punto v. A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee, principi comunitari e c.d. controlimiti*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 734 ss.; *La tutela multilivello dei diritti fondamentali, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Tribunale costituzionale portoghese*, Santiago de Compostela, 16-18 ottobre 2014, reperibile online, p. 2. Cfr. anche O. POLLICINO, *Unione europea e CEDU: analisi comparata della genesi e dei rispettivi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012, p. 5 ss.; A. GUAZZAROTTI, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, I, 2003, p. 25 ss.

⁸⁸ In tal senso v. M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze*, cit., p. 14.

osta all'ingresso del diritto UE nell'ordinamento interno), bensì esteso a tutto il complesso delle norme costituzionali (eventualmente messo a repentaglio) implicate nella questione sottoposta dal giudice remittente⁸⁹. Sancendo questo indirizzo interpretativo, la Corte costituzionale ha chiaramente inteso correggere la “tendenza” che andava consolidandosi nella giurisprudenza di legittimità, volta a dare applicazione diretta alla CEDU con conseguente disapplicazione delle norme interne contrastanti, ed ha così rivendicato e riaffermato il suo ruolo di custode “prima ed ultima” dei diritti fondamentali. Al contempo la Corte, allo scopo di garantire la necessaria integrazione reciproca delle tutele, ha elaborato la teoria della “massima espansione delle garanzie” o del “livello di tutela più intenso”⁹⁰ di tutti i diritti tutelati sia a livello nazionale che sovranazionale. Stante tale indirizzo interpretativo, i livelli minimi di tutela dei diritti fondamentali di cui alla CEDU, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, costituiscono ai sensi del co. 1 dell'art. 117 Cost. un limite inderogabile per il legislatore italiano solo “verso il basso”, ma non anche “verso l'alto”; ciò a voler significare che il rispetto degli obblighi internazionali non può mai comportare una *deminutio* delle tutele rispetto a quelle già contemplate dall'ordinamento interno, ma semmai può (deve) fungere da efficace strumento di ampliamento delle stesse⁹¹.

Tale assunto, d'altra parte, risulta confermato dalla previsione di cui all'art. 53 della stessa CEDU secondo cui l'interpretazione delle norme della Convenzione non può limitare o pregiudicare i diritti fondamentali riconosciuti dalle leggi di ogni parte contraente; con ciò volendo significare che la *ratio* del sistema di garanzie previsto dalla CEDU si pone quale obiettivo quello di rinforzare la protezione dei diritti dell'uomo offerta a livello nazionale, senza mai imporle limitazioni di sorta⁹². Ed invero, la Corte di Strasburgo è sovente chiamata ad argomentare le proprie decisioni operando un non sempre agevole bilanciamento tra gli opposti criteri del

⁸⁹ Cfr. punto 4.7 del considerato in diritto della sentenza Corte cost. n. 348/2007.

⁹⁰ V. le sentenze della Corte costituzionale n. 311 e n. 317 del 26 novembre 2009; n. 85, del 9 maggio 2013, *Caso Ilva*, in cui si richiede il più ampio livello di tutela riferito non già al singolo diritto, interesse o principio costituzionale singolarmente individuato, bensì all'insieme delle garanzie, derivante da una lettura sistematica, non frammentata di tutti i beni costituzionalmente rilevanti. In dottrina v. *ex multis* S. GAMBINO, *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, Costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*, in www.federalismi.it, 2014, n. 13; G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in A. PIN (a cura di), *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Napoli, 2015, p. 17 ss.; U. VILLANI, *Limitazioni di sovranità, “controlimiti” e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 489 ss.

⁹¹ Al riguardo v. la cit. sentenza della Corte costituzionale, n. 317 del 2009, ove viene specificato che: “il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali”.

⁹² Con sentenza n. 191 del 23 giugno 2014, la Corte costituzionale ha ulteriormente precisato che gli enunciati costituzionali e quelli convenzionali devono essere fatti valere congiuntamente al fine di consentire una “valutazione sistemica e non frazionata dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, in modo da assicurare la massima espansione delle garanzie di tutti i diritti ed i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali complessivamente considerati che sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento”.

“consenso europeo”⁹³, inteso quale approvazione dell’indirizzo interpretativo utilizzato dalla Corte da parte della maggior parte degli Stati (in opposizione a quella di altri Stati) e quello del “margine di apprezzamento” riconosciuto alla generalità degli Stati⁹⁴ come temperamento alla rigidità dei principi elaborati in sede europea. Tale ultimo principio rappresenta oggi l’espressione più avanzata del necessario bilanciamento tra i diritti fondamentali come tutelati a livello sovranazionale e gli altri interessi costituzionalmente protetti, che a loro volta garantiscono diritti fondamentali suscettibili di essere incisi dall’espansione di una singola tutela⁹⁵. Alla Corte EDU, infatti, spetta decidere sul caso concreto e sul singolo diritto fondamentale, ma compete alle autorità nazionali (legislatore, giudice delle leggi e giudici comuni) il dovere di valutare in quale misura il prodotto dell’interpretazione del giudice europeo⁹⁶ si inserisca nell’ordinamento italiano. La logica che si pone a fondamento di tale assunto è quella di impedire che la tutela di alcuni diritti fondamentali si sviluppi smisuratamente, con contestuale sacrificio di altri diritti tutelati dalla Carta costituzionale (e dalla stessa Convenzione europea)⁹⁷.

⁹³ La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in più occasioni ha affermato che per “standard europeo applicabile” deve intendersi il “risultato di un’indagine della Corte sull’esistenza di una base comune nel diritto e nella prassi degli Stati contraenti, soprattutto al fine di restringerne il margine di apprezzamento”. V. la sentenza del 10 aprile 2007, *Evans c. Regno Unito*, paragrafi 77-81, e del 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, par. 63.

⁹⁴ V. la sentenza della Corte EDU del 3 novembre 2011.

⁹⁵ Con sentenza n. 236 del 19 luglio 2011, esponendosi all’accusa di “partigianeria” costituzionale, la Corte costituzionale ha rivendicato il proprio potere di valutare come ed in che misura il prodotto dell’interpretazione della Corte di Strasburgo si inserisca nell’ordinamento interno. Questo significa che se per un verso la Corte costituzionale non può prescindere dall’interpretazione fornita dalla Corte EDU, per altro verso, può nondimeno interpretarla a sua volta (sent. Corte cost. n. 303 del 9 novembre 2011) evitando così di accettare passivamente una prospettiva (troppo radicale) di aderenza totale all’interpretazione della Corte europea in ragione di un inesistente principio di soggezione del giudice interno ad una Corte sovranazionale. La successiva sentenza Corte cost. n. 49 del 14 gennaio 2015 ha ulteriormente ristretto l’angolo di apertura alla CEDU in quanto è stato ulteriormente precisato che: “non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una ‘sentenza pilota’ in senso stretto”. Con tale pronuncia i giudici della Corte, quasi rivendicandone l’autonomia intellettuale, considerano dunque errato ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali – e in primo luogo i giudici comuni – passivi ricettori di un comando esegetico derivante dai *dicta* della Corte EDU. Da ultimo, si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 7 novembre 2017, secondo cui, in ogni caso le violazioni della Carta di Nizza, nella parte in cui contiene disposti sostanzialmente coincidenti con quelli della Costituzione, richiedono ormai di essere portate tutte alla cognizione del giudice delle leggi, pur laddove si tratti di disposti espressivi di norme *self-executing*.

⁹⁶ Cfr. E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, 2010, n. 7, p. 4 ss.

⁹⁷ Al riguardo, in dottrina è stata posta in marcata evidenza la sempre più pregnante rilevanza rivestita dalla clausola dell’identità nazionale in chiave di contro-limite a carattere generale. In tal senso v. U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2011, p. 72 ss.; A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1417 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, Jean Monnet Working Paper, 1/12; N.S. MAREK, *Between Mangold and Omega: Fundamental Rights versus Constitutional Identity*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2012, p. 437 ss. In senso diametralmente opposto v. C. ANTPOLHER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, M. KOTTANN, M. SMR-KOLJ, A. VON BOGDANDY, *Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 489 ss.

6. Una delle principali conquiste del processo di integrazione europea è certamente rappresentata dall'affermazione e dal consolidamento della dimensione dei diritti fondamentali operata dalla Carta di Nizza del 2001⁹⁸. Per quanto attiene al valore giuridico della Carta⁹⁹, è appena il caso di ricordare che prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte di giustizia UE la utilizzava per confermare la convergenza tra i livelli di protezione e rafforzare il principio enunciato dall'art. 6, par. 2 (ora par. 3), TUE¹⁰⁰ oppure per individuare lo specifico livello comunitario di protezione anche tramite il riferimento alla Carta. Dopo Lisbona la Carta di Nizza, grazie alla sua funzione di codificazione e di sviluppo progressivo¹⁰¹ del

⁹⁸ Per un approfondimento in merito alle conseguenze della assimilazione della Carta dei diritti dell'Unione europea alle norme dei trattati, v. *amplius* A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 241 ss.; A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001; L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002; C. DI TURI, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 671 ss.; E. TRIGGIANI, *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, Bari, 2004, p. 9 ss.; ID., *L'Unione europea dopo la riforma di Lisbona*, Bari, 2011, p. 124 ss.; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 72 ss.; M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali*, cit. p. 13 ss.; F. SEATZU, *La Carta dei diritti fondamentali: un nuovo parametro di legittimità degli atti comunitari?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 377 ss.; P. PUOTI, *I diritti fondamentali dell'UE*, cit., p. 26 ss.; V. PICCONE, *op. cit.*, p. 97 ss. V. anche il recente contributo di A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 63 ss.

⁹⁹ Cfr. L.S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 565 ss.; R.A. GARCIA, *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *European Law Journal*, 2002, p. 492 ss.; A. WILLIAMS, *Mapping Human Rights, Reading the European Union*, in *European Law Journal*, 2003, p. 659 ss.; E. PAGANO, *Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali e le competenze dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 1723 ss.; H. HOFFMANN, *I diritti dell'uomo, la sovranità nazionale, la Carta europea dei diritti fondamentali e la Costituzione europea*, in P. BARCELLONA, A. CARRINO (a cura di), *I diritti umani tra politica, filosofia e storia*, Napoli, 2003, p. 142 ss.; A. LOIODICE, *L'incorporazione della Carta di Nizza nella Convenzione europea: innovazioni nella tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004, p. 81 ss.; A.L. YOUNG, *The Charter, Constitution and Human Rights: Is This the Beginning or the End of Human Rights Protections by Community Law?*, in *European Public Law*, 2005, p. 219 ss.; G. CAGGIANO, *La tutela europea*, cit., p. 75 ss.

¹⁰⁰ Ai sensi di tale disposizione: "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione europea in quanto principi generali".

¹⁰¹ Al riguardo, con riferimento alla Carta di Nizza prima del Trattato di Lisbona, in dottrina si è parlato di "opera di codificazione dei diritti fondamentali", con ciò volendo rimarcare, per un verso, l'assenza iniziale di immediato valore giuridico e, per altro verso, l'importanza della Carta in quanto forniva una forte visibilità ai diritti, in larga misura già elaborati in via pretoria dalla Corte di giustizia, in attesa che fossero maturi i tempi per l'adozione di una vera e propria Costituzione europea. Tentativo posto in essere in occasione della Convenzione che ha elaborato il Trattato sottoscritto a Roma nel 2004 e che aveva inserito la Carta nella sua parte II, ma che si è concluso con un insuccesso anche in ragione del mancato raggiungimento del numero minimo di ratifiche necessario per la sua entrata in vigore (in particolare di Francia e Olanda). Cfr. E. MALFATTI, *op. cit.*, p. 215; G. CAGGIANO, *La tutela europea*, cit., p. 76. Sul punto v. anche N. NAPOLETANO, *La nozione di «campo di applicazione del diritto comunitario» nell'ambito delle competenze della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 679 ss.; ID., *L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, p. 3 ss.; A. BULTRI-

patrimonio dei diritti pre-esistenti riconosciuti da altre fonti e soprattutto in seguito all’acquisizione del rango primario nel sistema delle fonti comunitarie, è divenuta parametro diretto per la valutazione della legittimità degli atti di diritto derivato, seppur unicamente nell’ipotesi in cui gli Stati membri agiscono nell’ambito di applicazione del diritto UE¹⁰².

Si è, dunque, passati da un uso “meramente ricognitivo” della Carta da parte della Corte di giustizia che la adoperava quale strumento di ausilio interpretativo¹⁰³, ad uno più incisivo, volto a riconoscere in capo alla Carta nuovi ed ulteriori diritti, o comunque nuovi profili meritevoli di specifica tutela; tanto che, dopo Lisbona, le argomentazioni contenute nella parte motiva delle pronunce della Corte, generalmente sostenute dal solo riferimento all’art. 6 TUE, sono state completate con richiami privilegiati, talvolta esclusivi, alle disposizioni della Carta¹⁰⁴. Con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona (dicembre 2009) la Carta DFUE ha acquisito pieno rango di fonte del diritto; nella sua nuova formulazione, infatti, l’art. 6, par. 1 TUE¹⁰⁵ riconosce i diritti, le libertà ed i principi sanciti nella Carta, a cui viene attribuito *lo stesso valore giuridico dei Trattati*, potendo così essere utilizzata a pieno titolo dagli operatori giuridici¹⁰⁶. Appare, altresì, opportuno ricordare che sempre

NI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e CEDU dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2009, p. 700 ss.; K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Constitutional Law Review*, 2012, p. 375 ss.

¹⁰² Di fondamentale importanza risultano le disposizioni generali che disciplinano l’interpretazione e l’applicazione della Carta (titolo VII, articoli 51-54) in forza delle quali i diritti ivi contenuti “per i quali i Trattati prevedono disposizioni, si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti” (art. 52, par. 2), con l’ulteriore precisazione per cui “nessuna delle disposizioni in essa contenute può pregiudicare i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell’Unione, nel proprio ambito di applicazione” (art. 53). Di particolare rilevanza anche la clausola di salvaguardia di natura evolutiva di cui al comma 3 dell’art. 52 della Carta che, da un lato, consente l’adeguamento dei diritti della Carta sulla base delle disposizioni della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, dall’altro lato, non ne impedisce l’aggiornamento “qualora lo *statutory law* dell’UE superi il livello di tutela accordato dal *case law* della Corte di Strasburgo”. Così in G. BUONOMO, *Per l’ibridazione delle Corti europee*, in *Diritto pubblico europeo rassegna online*, 2017, p. 10.

¹⁰³ V. le sentenze della Corte di giustizia dell’8 marzo 2011, causa C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano*, e del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci e a.*

¹⁰⁴ Al riguardo v. la sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-617/2010, *Åklagarren*, ove in relazione al possibile contrasto tra norme interne e Carta dei diritti fondamentali si afferma che: “il diritto dell’Unione osta a una prassi giudiziaria che subordina l’obbligo, per il giudice nazionale, di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Carta alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dal tenore della medesima o dalla relativa giurisprudenza, dal momento che essa priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collaborazione della Corte, la compatibilità di tale disposizione con la Carta medesima”. V. anche la sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale*.

¹⁰⁵ V. B. NASCIBENE, *Commento all’art. 6 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 61 ss.

¹⁰⁶ In dottrina è stato al riguardo osservato che “l’acquisizione del valore vincolante della Carta affievolisce l’impatto della giurisprudenza CEDU, che è rimasta fonte esterna mentre la Carta è diventata fonte interna”. V. G. CAGGIANO, *La tutela europea*, cit., pp. 69 e 76 in cui l’A., cita uno stralcio della sentenza della Corte di giustizia del 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Servet Kamberaj*, secondo cui: “dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona (...) l’art. 6, par. 3 TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un

ai sensi dell'attuale art. 6 TUE “le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione”: si potrà, infatti, applicare direttamente la Carta nella misura in cui l'Unione, nell'esercizio delle proprie competenze, venga ad incidere su uno dei diritti contemplati nella Carta¹⁰⁷.

A tal proposito, un aspetto particolarmente discusso in dottrina¹⁰⁸ è quello relativo all'ambito di applicazione della Carta in riferimento all'art. 51, par. 1, che distingue fra le istituzioni europee e gli Stati membri, limitatamente all'applicazione del diritto UE¹⁰⁹. Si tratta sostanzialmente delle limitazioni poste – conformemente all'obbligo del rispetto dei principi di attribuzione e di sussidiarietà – alla competenza della Corte di giustizia UE sugli atti adottati dagli Stati membri nell'ambito di attuazione del diritto UE e del tradizionale divieto di applicazione del diritto UE a situazioni puramente interne¹¹⁰. Ciò comporta che le istituzioni e gli organi dell'Unione nell'esercizio delle proprie competenze siano tenuti a rispettare i diritti in essa enunciati; così come, di pari modo, anche gli Stati membri quando sono chiamati ad attuare¹¹¹ il diritto UE, ivi comprese le ipotesi in cui viene ad essi riconosciuto

giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale”. Con ciò volendo sottolineare che, nonostante la nuova formulazione dell'art. 6 TUE, la CEDU non è diritto UE e, quindi, non può vantare la qualità del primato e dell'effetto diretto che lo caratterizzano. Come sottolineato nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, infatti, sono i diritti fondamentali (per come garantiti – anche ma non solo – dalla CEDU) e non la CEDU in sé considerata, a far parte del diritto UE. Per un commento a tale pronuncia v. F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e prestazioni sociali essenziali tra Diritto dell'Unione europea e ordinamenti interni: il Caso Kamberaj*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 672 ss.

¹⁰⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 25 gennaio 2018, causa C-473/16, *F. c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, resa in seguito ad una questione pregiudiziale sottoposta alla Corte dal Tribunale amministrativo e del lavoro di Szeged (Ungheria), relativa all'interpretazione dell'art. 4 della direttiva 2011/95/UE recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale.

¹⁰⁸ Al momento dell'adozione del Trattato di Lisbona, la principale preoccupazione tra gli operatori politici e giuridici riguardava i possibili effetti dell'applicazione della Carta agli atti degli Stati membri “in collegamento con il diritto dell'Unione”, che avrebbe potuto comportare il rischio di “modifica surrettizia del riparto delle competenze tra Stati membri e Unione”. In tal senso v. G. CAGGIANO, *La tutela europea*, cit., p. 79.

¹⁰⁹ Tale norma afferma che: “Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze”. Come osservato in dottrina, “la ratio di tale disposizione deriva dall'obbligo generale di rispettare i diritti fondamentali che condividono Istituzioni europee ed organi nazionali”, chiamati a dare attuazione “sostanzialmente e formalmente” agli atti dell'Unione (G. CAGGIANO, *La tutela europea*, cit., p. 78).

¹¹⁰ Sul punto v. A. DI STASI, *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell'Unione europea: ancora a proposito dall'art. 51, paragrafo 1*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 883 ss. V. anche P. MENGOZZI, *La specificità della tutela dei diritti fondamentali delle persone nell'Unione europea*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Napoli, 2012, p. 559 ss.; A. ADINOLFI, *La rilevanza esterna della Carta dei diritti fondamentali*, in *Scritti Tesauro*, cit., p. 27 ss.

¹¹¹ In merito al concetto di “attuazione del diritto UE” la Corte di giustizia ha ribadito che in esso rientrano quelle misure nazionali che diano esecuzione alle discipline dell'Unione o quelle adottate in deroga ad una libertà economica fondamentale garantita dal diritto. V. le sentenze della Corte di giustizia del 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*, e del 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*.

un ampio margine di manovra (es. attuazione di una direttiva). Tale assunto risulta altresì confermato dagli articoli 6, par. 1, TUE e 51, par. 2, della Carta DFUE che prevedono che quest'ultima non può determinare in alcun modo un ampliamento, una modifica o l'introduzione di ulteriori competenze per l'Unione rispetto a quelle già contemplate dai Trattati, così come neppure può estendere l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

7. Altra disposizione di particolare rilievo nella materia oggetto di trattazione è l'art. 6, par. 2, TUE ove viene statuito che “l'Unione aderisce alla CEDU” accompagnata dalla precisazione secondo cui “tale adesione non modifica le competenze dell'Unione”¹¹². Nei primi anni di vigenza del Trattato di Lisbona era forte il rischio di un equivoco, ovvero che i giudici nazionali facessero applicazione diretta della Convenzione in virtù della sua presunta “comunitarizzazione” ovvero di una vera e propria incorporazione nell'ordinamento dell'Unione, a prescindere dall'effettiva adesione di quest'ultima alla CEDU, con conseguente rischio della sostanziale emarginazione del ruolo delle Corti costituzionali nazionali in materia di tutela dei diritti fondamentali¹¹³. Il 18 dicembre 2014 la Corte di giustizia UE si è pronunciata con parere 2/13¹¹⁴ sul Progetto riveduto di Accordo¹¹⁵, presentato a Strasburgo il 10 giugno 2013, relativo all'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed adottato in applicazione del citato art. 6, par. 2, TUE¹¹⁶. La Corte, diversamente dall'Avvocato

¹¹² Sul punto appare opportuno ricordare la più prudente formula contenuta nel Protocollo 14 addizionale alla CEDU, stante la quale l'Unione “può” aderire alla CEDU. Sul punto v. U. VILLANI, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Comunità internazionale*, 2004, p. 487 ss.; Id., *Sull'efficacia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano dopo il Trattato di Lisbona*, in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Scritti in onore di Claudio Zanghì*, Torino, 2011, II, p. 661 ss.; F. SALERNO, *Le modifiche strutturali apportate dal Protocollo n. 14 alla procedura della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 377 ss.

¹¹³ Interpretazione questa fuorviante e manipolativa che, come ampiamente precisato nella sentenza della Corte costituzionale n. 80 del 7 marzo 2011, potrà semmai eventualmente trovare pieno riscontro nel momento in cui l'Unione europea effettivamente aderirà alla CEDU. I principi sanciti dalla sentenza da ultimo citata sono stati ribaditi dalla sentenza della Corte costituzionale n. 63 del 23 febbraio 2016, ove si è sostenuto che “perché la Carta dei diritti UE sia invocabile in un giudizio di legittimità costituzionale, occorre (...) che la fattispecie oggetto di legislazione interna sia disciplinata dal diritto europeo” nei medesimi termini indicati nell'autorevole precedente. Sul punto v. *amplius*, M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze*, cit., p. 13.

¹¹⁴ Parere della Corte di giustizia 2/13 del 18 dicembre 2014.

¹¹⁵ In tale occasione la Corte non ha potuto “liquidare” la questione dell'adesione alla CEDU, come aveva fatto con il precedente parere 2/94 del 28 marzo 1996, semplicemente eccependo l'inesistenza di una base giuridica nel Trattato, dato che gli Stati membri l'avevano specificamente introdotta con il Trattato di Lisbona nel par. 2 dell'art. 6 TUE.

¹¹⁶ Questo parere, emesso ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE, era stato richiesto dalla Commissione UE, vale a dire dalla stessa istituzione che aveva condotto il negoziato. Se la Corte avesse dato un parere positivo, l'accordo avrebbe ancora dovuto superare, secondo l'art. 218, par. 6, TFUE, l'approvazione del Parlamento europeo, un voto unanime in Consiglio, previa approvazione da parte degli Stati membri secondo le loro regole costituzionali, nonché ovviamente la ratifica di tutte le parti contraenti. Nella causa erano intervenuti il Consiglio e tutti gli Stati membri; questi avevano espresso una molteplicità di dubbi in merito alla non opportunità di sottoporre anche ad un controllo giudiziario ad opera della Corte di Strasburgo. In realtà, si trattava di perplessità che verosimilmente celavano una radicale contrarietà volta a scongiurare il rischio di un accentramento di competenze in via esclusiva in capo alla

generale Kokott – che pur riscontrando alcune problematiche concernenti i meccanismi del *co-respondent* (convenuto aggiunto) e del *prior involvement* (previo coinvolgimento)¹¹⁷, aveva suggerito una serie di modifiche dell’Accordo che avrebbero potuto essere oggetto di ulteriore negoziazione – ha integralmente bocciato il progetto di accordo. In particolare i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che detto progetto non fosse compatibile né con l’art. 6, par. 2, TUE, né con il Protocollo n. 8, non solo per motivi collegati ai due meccanismi sopra citati, ma anche per ragioni sostanziali che, seppure implicitamente, avrebbero messo in discussione la compatibilità dei due sistemi giurisdizionali europei. È stato, infatti, evidenziato che se l’UE aderisse alla CEDU, la competenza della Corte EDU ad esercitare un controllo esterno sul diritto UE verrebbe istituzionalizzata, accentuando così la tensione con il ruolo della Corte di giustizia dell’Unione europea¹¹⁸. Quest’ultima in ragione delle asserite (ed inequivocabili) asimmetrie tra i due ordinamenti europei con relative platee differenziate di Stati parte ha inteso in tal modo “bloccare” la trasformazione della Corte di Strasburgo da “mero consulente di supporto” a quello di primo e principale custode della legalità delle misure adottate in ambito comunitario. La Corte di giustizia, infatti, riaffermando in via preliminare le peculiarità del sistema giuridico dell’Unione europea¹¹⁹, ha ritenuto che il progetto di accordo non tutelasse in maniera sufficiente le specificità dell’UE ed anzi potesse comportare un inevitabile “scontro tra Corti” scaturito da un’incompatibilità tra ordinamenti. In

Corte di Strasburgo, non palesemente manifestabile in ragione del fatto che con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona (art. 6 TUE) l’adesione alla CEDU è divenuta un vero e proprio obbligo per l’UE. Sul punto v. A. GIANELLI, *L’adesione dell’Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2009, p. 668; A. TIZZANO, *Les Cours européennes*, cit., p. 29 ss.; L.S. ROSSI, *Il parere 2/2013 della CGUE sull’adesione dell’UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, in *Sidiblog*, 22 dicembre 2014, reperibile online; F. CHERUBINI, *In merito al parere 2/13 della Corte di giustizia dell’UE: qualche considerazione critica e uno sguardo de jure condendo*, in *Osservatorio AIC*, maggio 2015, reperibile online; C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell’UE alla CEDU nel parere negativo della Corte di Giustizia*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2015, p. 33 ss.

¹¹⁷ Per un approfondimento di questi aspetti si rinvia a L.S. ROSSI, *Il parere 2/2013*, cit.; M. PARODI, *Diritti umani c. autonomia? Il parere 2/13 della Corte di Giustizia dell’UE sull’adesione dell’UE alla CEDU*, in www.federalismi.it, 2016, n. 3; A.F. MASIERO, *L’adesione dell’Unione europea alla CEDU. Profili penali. Parte prima: prospettive sul futuro sistema di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, in *Diritto penale contemporaneo*, 12 luglio 2017, reperibile online.

¹¹⁸ Per un attento esame delle reticenze della mancata adesione dell’UE alla CEDU attraverso la lente del controllo esterno della Corte EDU sul diritto UE si vedano: L.S. ROSSI, *Il parere 2/2013*, cit.; V. ZAGREBELSKY, *L’Unione europea e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 125 ss.; S. VEZZANI, *Addio my darling, goodbye my love? Unione europea e sistema CEDU dopo il parere 2/13*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, garanzie ed evoluzioni dei sistemi di protezione*, Perugia, 2016, p. 468 ss.

¹¹⁹ La Corte di giustizia ha infatti ribadito ai punti 157-158: “la circostanza che l’Unione sia dotata di un ordinamento giuridico di nuovo genere, avente una sua specifica natura, un quadro costituzionale e principi fondativi che sono suoi propri, una struttura istituzionale particolarmente elaborata, nonché un insieme completo di norme giuridiche che ne garantiscono il funzionamento, determina delle conseguenze quanto alla procedura e ai presupposti per un’adesione alla CEDU” e continua specificando che è proprio tale peculiarità che richiede necessariamente “adattamenti specifici della CEDU, la quale è stata concepita per l’adesione di Stati e non di ordinamenti come quello dell’UE. In particolare è necessario che l’adesione alla CEDU non incida sulle caratteristiche specifiche dell’UE, sul diritto della stessa e su quella che la CGUE chiama “la struttura costituzionale” dell’UE, che si riflette nella ripartizione delle competenze fra quest’ultima e i suoi membri e nel quadro istituzionale” (punto 165).

particolare, la Corte di Lussemburgo ha rimarcato l’esigenza di una “dichiarazione di equivalenza a priori” fra gli standard dell’UE e quelli della CEDU allo scopo di riaffermare la propria esclusiva competenza a pronunciarsi su questioni legate all’interpretazione e all’applicazione del diritto UE¹²⁰, anche quando in gioco ci sia la tutela di diritti fondamentali, arginando così qualsiasi possibile ingerenza della Corte EDU. In sostanza da tale parere emerge la volontà dei giudici di Lussemburgo di inserire nell’accordo di adesione la precisazione secondo cui l’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dovrebbe essere interpretato nel senso che la Carta costituisce uno *standard massimo* (anziché minimo) di tutela dei diritti qualora un settore del diritto dell’Unione sia stato armonizzato, in modo tale che “l’invocazione della CEDU non pregiudichi il primato, l’unità o l’effettività del diritto dell’UE” (punti 188-189). È chiaro al contempo che tale orientamento interpretativo non può trovare piena condivisione da parte dagli Stati terzi in quanto la mutua fiducia nei rispettivi standard di tutela potrebbe ben operare per gli Stati membri dell’Unione¹²¹, ma

¹²⁰ In tal senso L.S. Rossi, *Il parere 2/2013*, cit., evidenzia come la Corte con tale parere ha ribadito quanto già affermato con sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscal*, escludendo che l’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali possa consentire ad uno Stato membro di applicare lo standard di protezione di diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione qualora, in un settore ove sia intervenuta un’armonizzazione, quest’ultimo fosse più elevato di quello previsto nella Carta e di opporlo, se del caso, all’applicazione di disposizioni di diritto; e ciò in quanto tale circostanza comporterebbe un’evidente lesione del principio del primato del diritto. Una volta affermato che l’art. 53 della Carta consente alle autorità ed ai giudici nazionali di applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali quando un atto dell’Unione richiede misure nazionali di attuazione, al punto 60 di tale pronuncia si precisa che ciò è valido: “a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione”. Per un commento di tale pronuncia v. C. AMALFITANO, *Mandato d’arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 luglio 2013, reperibile online. V. anche L. DANIELE, *Dialogo tra Corte di giustizia e Corti supreme degli Stati membri: il caso del mandato d’arresto europeo*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2011, p. 433 ss.

¹²¹ In realtà, le Corti costituzionali di diversi Stati (tra cui quella italiana) paiono muoversi in una direzione diametralmente opposta a quella della sentenza *Melloni*, contrapponendo al primato del diritto UE la “dottrina dei controllimiti”. Sul punto si veda da ultimo la sentenza del 31 maggio 2018 resa dalla Corte costituzionale nel caso *Taricco*, relativa all’obbligo per il giudice, in applicazione dell’articolo 325 TFUE – come interpretato dalla Corte di giustizia dell’Unione europea nella sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco* – di disapplicare gli articoli 160, co. 3, e 161, co. 2, del codice penale, “allorquando ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA”. Appare opportuno ricordare che con sentenza del 5 dicembre 2017 (c.d. *Taricco-bis*) – pronunciata a seguito del rinvio pregiudiziale disposto con ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 26 gennaio 2017 per l’interpretazione dell’articolo 325, paragrafi 1 e 2 TFUE – la Grande sezione della Corte di giustizia UE aveva accolto l’impostazione ivi proposta dalla Corte costituzionale nella parte in cui aveva evidenziato i profili di possibile conflitto con il principio di legalità in ambito penale di cui all’art. 25 Cost., individuato, appunto, come “principio supremo dell’ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell’individuo”. Ed invero, con tale seconda pronuncia, la Corte di giustizia ha confermato la regola sancita nella sentenza *Taricco* resa nel 2015 ma ha al contempo precisato che “l’obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la normativa interna in materia di prescrizione, sulla base della “regola *Taricco*”, viene meno quando ciò comporta una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene, a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile o dell’applicazione retroattiva di una normativa che prevede un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”. In tal modo, dunque, i giudici di Lussemburgo hanno inteso individuare un limite generale alla disapplicazione, che spetterà poi ai singoli giudici nazionali rendere concretamente operativo. Cfr. C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco e il (possibile) riconoscimento dell’identità nazionale quale conferma del*

non di certo nei confronti di Stati non appartenenti all'UE, con cui si creerebbero “evidenti asimmetrie ed imbarazzanti questioni di reciprocità”¹²². Risultato questo non perseguito dal Trattato di Lisbona che indubbiamente non ha inteso cancellare la “insopprimibile specificità della costruzione comunitaria europea”¹²³. A distanza di quattro anni da questa rigida stroncatura da parte della Corte di giustizia UE, dunque, il processo di adesione dell'UE alla CEDU pare essersi arenato essendo le trattative relative ad un nuovo o emendato accordo di adesione a tutt'oggi (volutamente) congelate¹²⁴ in ragione della preminente opportunità di conservare un già precario equilibrio di competenze tra le due Corti europee.

8. Dalle considerazioni fin qui svolte emerge che l'attuale apparato di protezione multilivello dei diritti fondamentali si inserisce in un sistema composito¹²⁵ che, seppur aspira a garantire una tutela sempre più completa, rischia talvolta di rimanere imbrigliato dai suoi stessi meccanismi e dal ruolo che i differenti attori giurisdizionali coinvolti svolgono.

Ed invero, nella materia oggetto di trattazione la principale difficoltà è proprio quella di “ridefinire” i diritti fondamentali dell'uomo in uno spazio giuridico europeo, caratterizzato da un sistema sempre più articolato e complesso di organizzazioni internazionali sviluppatesi negli ultimi decenni e dalla moltiplicazione spesso non coincidente delle fonti del diritto rilevanti in questa materia. Tale sistema di interazione ed integrazione tra ordinamenti normativi e giurisdizionali operanti in Europa su differenti livelli, ha concorso in misura crescente a vincolare gli Stati ed i loro apparati costituzionali non solo agli obblighi contratti aderendo alle Carte dei diritti in precedenza richiamate¹²⁶, ma anche al rispetto di una visione dei diritti sempre più basata su valori condivisi, sentiti come fondanti i diritti dell'uomo in qualunque ordinamento.

L'assenza di una gerarchia tra diverse fonti con la finalità di garantire l'innalzamento degli standard di tutela di alcuni diritti fondamentali, è la diretta conseguenza della ridefinizione e redistribuzione tra una pluralità di istituzioni (soprattutto giurisdizionali) di quella sovranità di cui, sino ai primi anni '60 dello scorso secolo, erano stati titolari esclusivi gli Stati¹²⁷. Secondo parte della dottrina¹²⁸, infatti, si assiste ad una “rivitalizzazione” del *principio di sussidiarietà*¹²⁹ su cui si fonda l'intero sistema CEDU, dal momento che detto principio offre ai giudici nazionali – ormai giuridicamente obbligati a garantire l'uniforme interpretazione del diritto alla luce

primato del diritto dell'Unione europea, in *Eurojus.it*, 22 maggio 2017; A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?)*. *I controlimiti come questione che “spetta ai giudici nazionali”*: *cambiano i protagonisti ma la saga continua*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, p. 12 ss.; L. DANIELE, *La sentenza “Taricco” torna davanti alla Corte di giustizia UE*, in G. CAGGIANO (a cura di), *op. cit.*, p. 87 ss.

¹²² L.S. ROSSI, *Il parere 2/2013*, cit.

¹²³ Cfr. R. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 427.

¹²⁴ T. LOCK, *The Future of European Union's Accession to the European Convention of Human Rights after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 239 ss.

¹²⁵ V. *supra*, paragrafi 1 e 2.

¹²⁶ V. *supra*, paragrafi 2 e 4.

¹²⁷ V. *supra*, par. 4.

¹²⁸ R.G. CONTI, *Il sistema di tutela multilivello*, cit., p. 110.

¹²⁹ V. *supra*, par. 4.

delle previsioni contenute nella CEDU, nei trattati internazionali e nel diritto UE¹³⁰ – importanti strumenti di dialogo con le Corti “esterne” affinché venga garantita una sempre maggiore, efficace ed effettiva tutela dei diritti fondamentali¹³¹.

Nonostante a tutt’oggi il cammino verso la costruzione di un solido “anello di congiunzione” tra le due Corti europee appaia tortuoso ed ancora *in itinere*, va valutato positivamente il tentativo da esse posto in essere di *mutual cooperation* fondata sul principio della protezione equivalente¹³². Soluzione “diplomatica” questa che, evitando di attrarre direttamente il diritto UE alla sfera di cognizione della Corte EDU¹³³, ha (finora) consentito alle Corti europee di evitare una sostanziale sovrapposizione di competenze e mantenere una relativa autonomia di giudizio, favorendo al contempo una progressiva espansione dei rispettivi ambiti di intervento. Tuttavia, sebbene il principio della maggior tutela dei diritti sia pacificamente riconosciuto (almeno sotto il profilo formale) come criterio condiviso dalle diverse autorità giudiziali, tale principio sovente fallisce nel momento in cui le stesse Corti rivendicano, come avvenuto con il citato parere 2/13 della Corte di giustizia UE¹³⁴, la preminenza del proprio ruolo e ostacolano le eventuali ingerenze delle altre Corti. Per tali ragioni, l’idea di un’unica Corte europea competente in materia di diritti umani appare oggi, a parere di chi scrive, di improbabile realizzazione, essendosi piuttosto l’intero sistema di tutela multilivello opportunamente consolidato sulla coesistenza delle due Corti europee.

Se per un verso, dunque, è certamente auspicabile che il dialogo fra Corti europee venga istituzionalizzato con la previsione di “meccanismi a regime” volti ad assicurare la certezza del diritto – così come avvenuto dapprima per i rapporti fra Corti nazionali e Corte di giustizia con il rinvio pregiudiziale e fra Corti nazionali e Corte EDU con la recente entrata in vigore del Protocollo n. 16 – per altro verso, con la presente indagine si è inteso sottolineare che per garantire un’efficace cooperazione nella direzione di una nuova ermeneutica giuridica non sia fondamentale prevedere una rigida gerarchia fra le fonti, né tanto meno fra le competenti autorità giurisdizionali operanti in Europa. Eventuali divergenze di vedute e di decisione tra le giurisprudenze delle due Corti europee, infatti, non necessariamente devono rivestire un’accezione negativa, potendo esse contribuire allo sviluppo di una sempre più efficiente tutela dei diritti dell’uomo.

¹³⁰ Al riguardo v. G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza due premesse per l’indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, 2004, p. 438 ss.; M. LUCIANI, *Le salmerie della scienza giuridica*, in www.rivistaaic.it, n.2/2015.

¹³¹ In dottrina è stato osservato che “l’attivismo della giurisdizione non rappresenta un’usurpazione di poteri, né pone in discussione il rapporto fra giudice e legislatore (...), semmai occorrendo investire su logiche fondate sul reciproco rimando, completamento e cooperazione”. Così in A. RUGGIERI, *Come costruire e conservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, in *Diritticomparati.it*, dicembre 2015, reperibile online; ID., *L’interpretazione conforme alla CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registrati nell’esperienza, gli auspicabili rimedi.*, in www.federalismi.it, n. 10/2015., Sul tema v. anche M.R. MORELLI, *Contributo sul ruolo del giudice come garante dei diritti fondamentali della persona nello Stato costituzionale*, 2011, reperibile online.

¹³² V. *supra*, par. 4.

¹³³ Su questo punto si vedano le argomentazioni della Corte di giustizia nel parere 2/13 relativo al Progetto riveduto di Accordo di adesione alla CEDU. V. *supra*, par. 7, in particolare la nota 112.

¹³⁴ V. *supra*, par. 7.

Abstract

‘Levels’ of Protection of Human Rights in the European Legal Environment: Limits of the ‘Dialogue’ between the Courts

This paper examines the reliability of the system of protections of fundamental human rights, for which the national and international Courts are the implementing bodies of the principles laid down in the Charters of rights (European Convention on Human Rights, Charter of Fundamental Rights of the European Union and National Constitutions). Starting from the awareness of the pluralism present in the sources of law and their interconnections, the paper reviews the concept of multilevel protection of human rights, the relationship between national legal systems and the European Convention on Human Rights, and the controversial issue of the EU accession to the European Convention on Human Rights.

Alice Pisapia*

Maternità surrogata *versus* libera circolazione nel mercato interno

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Ripartizione delle competenze, precisazioni terminologiche e interessi giuridici coinvolti. – 3. Profili di diritto nazionale. – 4. L'ordine pubblico come limite alla libera circolazione. – 5. L'interpretazione della Corte EDU del supremo interesse del minore. – 6. La dottrina del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati. – 7. La posizione della Corte di giustizia dell'Unione Europea. – 8. Conclusioni.

1. La pratica della maternità surrogata, metodo riproduttivo che ha visto una crescente diffusione in particolare nell'ultimo decennio, è stata oggetto di numerose e approfondite indagini da parte sia della dottrina internazionalprivatistica¹, sia di quella penalistica essendo classificata tra le prassi vietate dall'ordinamento italiano²,

* Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea per l'impresa e Diritto della concorrenza nell'Università degli studi dell'Insubria.

¹ Per un inquadramento sulle norme in materia di procreazione medicalmente assistita v., tra gli altri, C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, pp. 531-554. Per la dottrina internazionale privatistica v. M.C. BARUFFI, *Maternità surrogata e questioni di status nella giurisprudenza italiana ed europea*, in *Int'l Lis*, 2010, p. 22; A. STRUYCKEN, *Surrogacy, a New Way to Become a Mother? An Issue of Private International Law that May Affect Good Relations among States*, in K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law*, The Hague, 2010, p. 357; K. BOELE-WOELKI, *(Cross-Border) Surrogate Motherhood: We Need to Take Action Now!*, in *Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, A Commitment to Private International Law: Essay in Honour of H. van Loon*, Cambridge, 2013, pp. 47-58; K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, 2013; C. CAMPIGLIO, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 481-516; ID., *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, *ivi*, p. 589; S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, *ivi*, pp. 81-103; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal*, 2015, pp. 7-28; M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, *ivi*, pp. 89-108; A. VETTOREL, *International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, pp. 523-540.

² Con riferimento alla dottrina penalistica v. M. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2015, p. 917 ss.; nonché T. TRINCHERA, *Maternità surrogata all'estero e responsabilità penale: il dibattito prosegue con una sentenza del tribunale di Varese che si adegua ai principi espressi dalla Corte EDU e assolve gli imputati*, in *Diritto penale contemporaneo*, dicembre 2014, reperibile online; M. WINKLER, *Una nuova pronuncia su surrogazione di maternità all'estero e falsa dichiarazione in atti allo stato civile in una sentenza del tribunale di Milano*, *ivi*, aprile 2014.

ma praticate dai cittadini attraverso il c.d. “turismo riproduttivo”³. Benché parte del fenomeno non rilevi nelle statistiche, per mancanza di una disciplina normativa o per espresso divieto di legge alla sua applicazione, tuttavia relazioni recenti, tra le quali si segnala un rapporto preliminare della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato, hanno documentato un incremento nella pratica di accordi internazionali aventi ad oggetto la procreazione attraverso surroga di maternità⁴.

La crescente offerta di servizi di maternità surrogata presentata attraverso Internet⁵ e l’aumento dei casi sottoposti al vaglio giurisprudenziale confermano l’attualità della questione e la necessità di garantire una regolamentazione minima, specialmente a tutela dei soggetti più deboli coinvolti⁶. Come sottolineato dall’Avvocato generale Wahl nell’*incipit* delle proprie conclusioni rese nel caso Z: “La maternità surrogata, che rappresenta una forma di riproduzione assistita sempre più comune, costituisce una delicata questione politica e sociale in taluni Stati membri. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale dell’Equality Tribunal (Irlanda), unitamente alla causa CD, dimostra l’attualità della maternità surrogata, nonostante il suo ruolo ancora relativamente marginale, e la complessità dei problemi giuridici (ed etici) inerenti al relativo regime. Infatti, il panorama del diritto varia nei diversi Stati membri: la maternità surrogata oscilla tra la completa legalità e un regime specifico e l’illegalità o – come nel caso dell’Irlanda – l’assenza di qualsiasi disciplina; esiste, inoltre, una notevole disparità tra gli Stati membri riguardo al regime cui assoggettare i contratti di maternità surrogata e, segnatamente, le relative procedure”⁷.

Partendo dall’articolata ripartizione di competenze tra Stati e Unione in ambito sanitario, il presente contributo mira ad analizzare la tematica della maternità surrogata dal punto di vista, non tanto del bilanciamento d’interessi fondamentali che

³ Con riferimento alla definizione di turismo procreativo v. G. PENNING, *Reproductive tourism as a moral pluralism motion*, in *Journal of Medical Ethics*, 2002, p. 337 ss.; F. STORROW, *Quests for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory*, in *Hastings Law Journal*, 2005-2006, p. 295 ss.; G.K.D. CROZIER, D. MARTIN, *How to Address the Ethics of Reproductive Travel to Developing Countries: A Comparison of National Self-sufficiency and Regulated Market Approaches*, in *Developing World Bioethics*, 2012, p. 45 ss. Criticamente la definizione di turismo riproduttivo viene anche indicata come esilio riproduttivo da M.M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Genlus*, 2015, p. 245 ss.

⁴ Il Gruppo di esperti sulla maternità surrogata istituito dalla Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato nel marzo del 2016 ha chiesto più tempo per arrivare a un rapporto conclusivo sul tema. Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato, *A Preliminary Report on the Issue Arising from International Surrogacy Arrangements*, 2012, pp. 6-8. Si veda inoltre lo studio del Parlamento europeo, *A comparative Study on the regime of surrogacy in EU Member States*, 2013, reperibile online. Una panoramica è offerta dalla banca dati sui regimi giuridici in materia di riproduzione medicalmente assistita vigenti nei Paesi europei, tenuta presso l’Istituto Max-Planck per il diritto penale straniero e internazionale, la quale può essere consultata all’indirizzo www.mpicc.de/meddb. Vedi anche S. MORTAZAVI, *It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy*, in *Georgetown Law Journal*, 2012, pp. 2249-2290, che riporta stime mondiali di circa 10.000 bambini nati attraverso accordi di maternità surrogata nel 2005.

⁵ Molti siti pubblicizzano in lingua italiana il servizio di maternità surrogata: it.surrogacy-ukraine.com; www.lacitanova.net/it/maternità-surrogata-in-ucraina; madresurrogata.com.ua.

⁶ K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level*, in *Journal of Private International Law*, 2011, pp. 627-647.

⁷ Conclusioni del 26 settembre 2013, causa C-363/12, Z. c. *A Government department e The Board of management of a community school*.

deve essere effettuato dai giudici nel valutare le richieste di riconoscimento delle situazioni giuridiche, nonché dei relativi nuovi *status* assunti dai cittadini europei, quanto piuttosto nella prospettiva di eccezione alla libera circolazione, e quindi come restrizione alle quattro libertà fondamentali del mercato interno, in quanto pratica effettuata in violazione dell'ordine pubblico⁸. L'analisi condotta si limita quindi al panorama europeo proponendosi di analizzare gli effetti discriminatori prodotti sui cittadini UE in applicazione della propria legge nazionale.

La pratica della maternità surrogata ha scisso la figura materna: la madre genetica, quella biologica (gestante) e quella sociale. Dal momento che oggi si sottolinea il ruolo genitoriale nel suo aspetto sociale e sono riconosciuti i legami familiari instauratisi sulla base della quotidianità e dell'accudimento, ancor più che sul fattore meramente genetico, è così problematico considerare la maternità come momento distinto, ed eventualmente scisso, dallo stato di gravidanza? Quale delle figure materne è attualmente riconosciuta dal diritto? A quale madre è garantito il riconoscimento della relazione giuridica con il bambino? Dal punto di vista giuridico tale scissione ha apparentemente minato il principio *mater semper certa est*⁹, aprendo lo scenario a molteplici modelli familiari "a geometria variabile" in funzione del legame familiare con il bambino¹⁰.

La questione dell'accertamento e qualificazione del rapporto che si instaura tra la coppia committente e il nascituro nell'accordo di maternità surrogata è tematica da annoverarsi tra le questioni di bioetica, cioè inerente a quel ramo dell'etica che affronta i problemi morali creati dallo sviluppo delle scienze biologiche, non solo la biologia, ma anche la genetica e più in generale tutti i rami della medicina¹¹. Il termine biodiritto identifica le questioni e le soluzioni, proposte nei diversi ordinamenti, per disciplinare le tematiche di bioetica. La domanda preliminare e senza univoca soluzione attiene ovviamente all'opportunità per il diritto di disciplinare le questioni bioetiche. Al fine di garantire uno sviluppo legislativo allineato e coerente con quello della società moderna, l'obiettivo non è limitarsi a una mera analisi descrittiva della normativa esistente, ma è necessario ambire alla proposizione di soluzioni alternative¹².

⁸ O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.

⁹ D. GRUENBAUM, *Foreign Surrogate Motherhood: Mater Semper Certa Erat*, in *American Journal of Comparative Law*, 2012, pp. 475-505; C. SARACENO, *Dilemmi intorno alla maternità surrogata*, in www.giudicedonna.it, n. 1, 2017.

¹⁰ S. PENASA, *Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia: verso modelli familiari "a geometria variabile"?*, in *BioLaw Journal*, 2017, pp. 1-5.

¹¹ F. POGGI (a cura di), *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, 2013, Roma, p. 11. Si riporta che il termine "bioetica" venne coniato da Fritz Jahr nel 1927 riferendosi allo sfruttamento di flora e fauna da parte dell'uomo. Per quanto invece riguarda l'attuale significato esso viene attribuito al medico americano Van Rensselaer Potter che nel 1970 lo utilizza per collegare la conoscenza biologica con il sistema di valori umani.

¹² Y. ERGAS, *Babies without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy*, in *Emory International Law Review*, 2013, pp. 117-188; S. ALLAN, *Commercial Surrogate and Child: Ethical Issues, Regulatory Approaches, and Suggestions for Change*, Working Paper, maggio 2014, reperibile *online*; J. TOBIN, *To Prohibit or Permit: What Is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, pp. 317-352.

A mio avviso, in tema di maternità surrogata la questione da porsi poi non si limita a scegliere come disciplinarla internamente a ciascuno Stato, eventualmente anche vietandola, quanto piuttosto su come valutare le condotte in tutti i quei casi in cui la maternità si è correttamente formalizzata in uno Stato terzo, magari proprio attraverso un contratto lecitamente disciplinato dall'ordinamento straniero¹³. La prospettiva europea, in virtù dalla libera circolazione nel mercato interno dell'Unione, ha aperto la porta a possibilità che erano precluse ai cittadini in applicazione del diritto interno. Si consideri che in diciotto Stati Nordamericani la pratica di surrogazione di maternità è consentita. Inoltre, uno studio del Parlamento europeo, volto a esplorare un potenziale intervento dell'Unione in materia, ha rilevato che non è individuabile un divieto generalizzato nei vari Stati membri; alcuni la vietano espressamente, per esempio Francia, Germania, Italia e Malta, e altri, per esempio Cipro, Repubblica Ceca, Slovenia, Slovacchia e Romania, non prevedono un divieto nemmeno per quella commerciale.

È quindi oggi inevitabile disciplinare le conseguenze degli accordi di maternità surrogata, avendo particolare riguardo ai limiti imposti dai principi generali che sono a fondamento del diritto europeo, per esempio il rispetto del principio di non discriminazione. Come noto, infatti, la discriminazione materiale consiste non solo nel trattare in modo diverso situazioni analoghe, ma anche nel trattare in modo identico situazioni diverse¹⁴. Non pare soddisfacente l'approccio interpretativo, non coerente e in ogni caso lacunoso, offerto dalle Corti europee nel cercare d'individuare i criteri necessari a garantire la certezza giuridica circa lo *status* del bambino nato dagli accordi di maternità surrogata¹⁵.

2. La salute è un bene essenziale per la vita degli individui e la tutela di tale bene è stata tradizionalmente oggetto delle politiche sanitarie degli Stati membri, pur trovando una base giuridica di appoggio anche in norme di diritto primario dell'Unione, come per esempio gli articoli 9 e 168 TFUE e l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali¹⁶. Le azioni e le politiche dell'Unione incidono in maniera rilevante su questioni sanitarie, specialmente sulla dimensione individuale del diritto alla salute, cioè la considerazione dei bisogni, delle aspettative e dei diritti degli individui volti al miglioramento della qualità e dell'accessibilità a servizi e trattamenti sanitari. Il diritto alla salute, infatti, è caratterizzato dal profilo individuale e da quello collettivo. Con riferimento alla declinazione individuale tale diritto è strettamente connesso con la nozione di autonomia dell'individuo e con quella di qualità della vita alla quale lo stesso può ambire¹⁷. Le disposizioni inerenti alla fecondazione medicalmente assistita e alla maternità surrogata rientrano a pieno titolo nel concetto di

¹³ Cassazione, VI Sez., sentenza del 17 novembre 2016, n. 48696, che conferma la sentenza della Corte di appello che aveva assolto, perché il fatto non costituisce reato, una coppia che si era legittimamente avvalsa della maternità surrogata in Ucraina in applicazione del principio della *lex loci*.

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 1963, causa 13/63, *Italia c. Commissione*.

¹⁵ P. FRANZINA, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, pp. 609-616.

¹⁶ F. BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, pp. 317-342.

¹⁷ S. ZULLO, *Governance e tutela della salute. Tra questioni di diritto, morale e giustizia*, in F. POGGI (a cura di), *op. cit.*, pp. 129-143.

salute, così come delineata dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) per la quale la salute è uno stato di benessere fisico, mentale e sociale, che non include solo l'integrità fisica, ma anche, più in generale, lo stare bene inteso nella sua valenza sociale e psicologica. Nella visione ampliata di salute si può ricomprendere anche la perdita di capacità riproduttiva quale alterazione funzionale con possibili risvolti psicologici e sociali. La questione pratica ed etica che ne deriva è quindi quale sia il diritto della persona a invocare ed esigere l'attuazione del diritto in oggetto.

L'attuale formulazione dell'art. 168 TFUE, derivante da un ampliamento di competenze europee formalizzato nel 1992 con il Trattato di Maastricht¹⁸, mostra il delicato bilanciamento di competenze tra Stati e Unione, lasciando ai primi la definizione della politica sanitaria e l'organizzazione e fornitura di servizi e attribuendo all'Unione il ruolo di supporto e coordinamento conformemente con il principio di sussidiarietà¹⁹. Come precisato dalla giurisprudenza europea nei casi inerenti alla libertà di stabilimento delle farmacie, il diritto dell'Unione non restringe la competenza degli Stati membri a impostare i loro sistemi di previdenza sociale e ad adottare, in particolare, norme destinate all'organizzazione di servizi sanitari²⁰: "Tuttavia, nell'esercizio di tale competenza, gli Stati membri sono tenuti a rispettare il diritto dell'Unione, in particolare le disposizioni del Trattato relative alle libertà fondamentali"²¹. Pertanto, la Corte sottolinea il divieto per gli Stati membri di introdurre o di mantenere ingiustificate restrizioni all'esercizio di tali libertà nell'ambito delle cure sanitarie²². In conclusione, nel rispetto dell'attribuzione delle rispettive competenze, le scelte del legislatore nazionale in ambito sanitario devono comunque essere adottate nel rispetto del diritto primario UE e quindi anche del mercato unico²³. L'azione sussidiaria dell'Unione è volta, come sancito all'art. 6 TFUE, al miglioramento della salute.

¹⁸ Con il Trattato di Maastricht venne introdotto per la prima volta l'art. 129 TCE che costituiva il titolo X del Trattato, dedicato interamente alla sanità pubblica.

¹⁹ Art. 5 TUE. In dottrina v. P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2000; V. MICHEL, *Le défi de la répartition des compétences*, in *Cahier de droit européen*, 2003, p. 21 ss.; G. DAVIES, *Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 63 ss.; R. MASTROIANNI, *Le competenze dell'Unione*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, Torino, 2006, p. 131 ss.; P. CRAIG, *Competence and Member States Autonomy: Causality, Consequences and Legitimacy*, in H. W. MICKLITZ, B. DE WITTE (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Cambridge, 2012, p. 11 ss.; L. S. ROSSI, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States?*, in A. BIONDI, P. ECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 85 ss.; T. TRIDIMAS, *Competence after Lisbon: the Elusive Search for Bright Lines*, in D. ASHAGBOR, N. COUNTOURIS, I. LIANOS (eds.), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, 2012, p. 47 ss.; U. VILLANI, *I principi di sussidiarietà e di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea*, in L.F. PACE (a cura di), *Nuove tendenze del diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2012, p. 79 ss.

²⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 19 maggio 2009, cause C-171 e 172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes e a.*, punto 18; del 14 ottobre 2010, causa C-345/09, *Van Delft e a.*, punto 84; del 16 dicembre 2010, causa C-89/09, *Commissione c. Francia*, punto 41.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 21 giugno 2012, causa C-84/11, *Susisalo e a.*, punto 27.

²² Sentenze della Corte di giustizia del 1° giugno 2010, cause C-570 e 571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, punto 39; del 1° luglio 2010, causa C-393/08, *Sbarigia*, punto 23; del 22 dicembre 2010, causa C-245/09, *Omalet*, punto 15.

²³ A. ANDREANGELI, *Healthcare Services, the EU Single Market and Beyond: Meeting Local Needs in a Open Economy – How Much Market or How Little Market?*, in *Legal Issues of European Integra-*

Con riferimento alla componente biologico-genetica della prassi, si è soliti distinguere tra *traditional surrogacy*, cioè quella attuata per concepimento e gestazione nel caso in cui la donna che porta a termine la gravidanza sia anche la donatrice della componente genetica femminile – il gamete –, e la surrogazione per sola gestazione nel caso in cui l’ovulo provenga da una donatrice terza²⁴. Mentre nel primo caso il materiale genetico appartiene almeno parzialmente, dal lato paterno, alla coppia committente, nel secondo il materiale genetico è totalmente estraneo alla coppia genitoriale dal punto di vista sociale²⁵. La pratica di surrogazione può poi essere attuata per finalità di natura altruistica oppure dietro il pagamento di un corrispettivo economico (*commercial surrogacy*)²⁶.

Negli accordi di maternità surrogata transazionale gli interessi coinvolti non sono solo quelli dei genitori committenti e della gestante, ma anche, e si sottolinea specialmente, quelli del nascituro che vedrà coinvolti i propri diritti fondamentali, in particolare il diritto alla tutela della vita familiare²⁷. Specificità del contratto di surrogazione è proprio il coinvolgimento d’interessi di un individuo che non è ancora nato attraverso il consenso di altre parti, da una parte la donna gestante e dall’altra i genitori committenti.

3. Il panorama legislativo italiano relativo alla maternità surrogata si sviluppa a partire dalle criticate norme in materia di procreazione medicalmente assistita, la legge n. 40/2004. Le reazioni negative, dopo anni di dibattiti parlamentari, sono da imputarsi principalmente al divieto assoluto di fecondazione eterologa che, determinando un eccessivo rigore della disciplina in un panorama europeo più flessibile, consentirà quindi, per esempio alle coppie omosessuali o alle madri *single* con possibilità economiche, di recarsi in Spagna per garantirsi quelle condizioni competitive offerte loro dall’ordinamento straniero. Si consideri inoltre che anche i professionisti italiani e, più in generale, gli investimenti del settore della medicina riproduttiva si indirizzeranno laddove la legislazione è meno stringente²⁸.

L’art. 1 della l. n. 40/2004 – considerando la procreazione medicalmente assistita come estrema *ratio* per la soluzione di problemi riproduttivi ed escludendo dal novero delle possibilità ogni tecnica di procreazione assistita per ovviare al pericolo di trasmissione di gravi malattie ereditarie – colloca l’Italia tra gli Stati più restrittivi. La Svizzera, per esempio, ha optato per una scelta diametralmente opposta,

tion, 2016, p. 145 ss.; M. GUY, W. SAUTER, *The History and Scope of EU Health Law and Policy*, CCP Working Paper 16-2, 2016, in www.competition.ac.uk.

²⁴ Per la definizione si veda T. LIN, *Born Lost: Stateless Children in International Surrogacy Arrangements*, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2013, pp. 545-588.

²⁵ La maternità sostitutiva potrà quindi avvenire con donazione di sperma o di embrione o di entrambe. Commissione Nazionale d’Etica per la Medicina (Svizzera, CNE), *La procreazione con assistenza medica. Considerazioni etiche e proposte per il futuro*, parere n. 22/2013, Zurigo.

²⁶ La California e i Paesi Bassi ammettono solo la surrogazione a fini altruistici.

²⁷ Per una panoramica degli interessi coinvolti v. I. ANRÒ, *Surrogacy in the Context of the Council of Europe and of the European Union: Is It Compatible with the European Catalogues of Human Rights?*, in *Genius*, 2016, p. 22 ss.; C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, 2016, pp. 173-187.

²⁸ C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 531.

garantendo l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche per ovviare al rischio di trasmissione al feto di malattie ereditarie²⁹.

Riassumendo i criteri per l'accesso alla procreazione assistita in Italia, essa è preclusa: alle coppie in cui siano presenti persone di età avanzata, alle coppie omosessuali e a quelle non conviventi; infine, è vietata l'inseminazione *post mortem*. Come immediatamente sottolineato da autorevole dottrina, è evidente che l'eccessivo rigore della scelta del legislatore italiano "favorirà inevitabilmente la fuga di aspiranti genitori verso Paesi più permissivi"³⁰.

La l. n. 40/2004 vieta poi espressamente la commercializzazione di gameti ed embrioni e la surroga di maternità, prevedendo una sanzione penale. Il legislatore nazionale è libero di sanzionare penalmente, nel proprio ordinamento e tenendo conto dell'applicazione territoriale della propria normativa, quelle condotte che reputa particolarmente lesive di beni giuridici meritevoli di tutela; tuttavia la normativa italiana non potrà violare la normativa europea sovraordinata in tema di libera circolazione delle prestazioni sanitarie. Conseguentemente la pubblicizzazione di tali prestazioni, realizzate in ordinamenti stranieri, non potrà essere sanzionata attraverso le previsioni di diritto nazionale. Sancita la criminalizzazione nell'ordinamento italiano della maternità surrogata, senza tuttavia poter in alcun modo incidere sulla pubblicizzazione dell'offerta di tale pratica riproduttiva effettuata all'esterno, si sono sempre più sviluppati casi di contratti di maternità surrogata, conclusi all'estero da cittadini italiani, con conseguenze sia in sede civile che penale.

Con riferimento ai profili penalistici derivanti dalla trascrizione di atti di nascita esteri in cui la donna committente non assume un ruolo biologico nella filiazione, non rivestendo il ruolo di madre gestante, né di madre genetica, ma solo di madre sociale (come se tale ultimo ruolo fosse irrilevante), la giurisprudenza di merito non fornisce un'interpretazione unitaria dell'art. 567 c.p. (reato di alterazione di stato). In particolare, la questione attiene alla definizione del momento di formazione dell'atto di nascita: la norma, infatti, prevede che questa sia penalmente rilevante nel momento in cui avviene per false dichiarazioni, certificazioni o altre falsità³¹. Il reato si consuma al momento della formazione dell'atto originario straniero o con la sottoscrizione dell'ufficiale di stato civile? La trascrizione nell'ordinamento italiano davanti all'ufficiale di stato civile ha natura costitutiva? La giurisprudenza di merito oscilla tra l'assoluzione perché l'atto non è ideologicamente falso³², la dichiarazione di colpevolezza per falsa attestazione o dichiarazioni su qualità personali, ma la non procedibilità o la dichiarazione di colpevolezza per falsa dichiarazione in atti di stato civile³³. Il ventaglio di qualificazioni giuridicamente rilevanti delle condotte in oggetto mostra in maniera evidente l'incertezza giuridica. La Cassazione ha invece ritenuto che la maternità surrogata effettuata all'esterno senza violazione della *lex loci* non costituisca un reato nemmeno nell'ordinamento italiano³⁴. Il Tribunale di

²⁹ Art. 119 della Costituzione federale svizzera.

³⁰ C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 545.

³¹ C. TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in *Diritto penale contemporaneo*, novembre 2015, reperibile online.

³² Tribunale di Trieste, Ufficio Gup, 6 giugno 2013; Tribunale di Milano, Sez. V penale, 15 ottobre 2013.

³³ Tribunale di Milano, Ufficio Gip-Gup, 8 aprile 2014.

³⁴ Cassazione, V Sez. penale, sentenze del 5 aprile 2016, n. 13525, e del 17 novembre 2016, n. 48696.

Varese, in una nota pronuncia del 2014, ha non solo negato la possibilità di configurare il reato di alterazione di stato *ex art. 567, co. 2, c.p.*, quando l'atto si sia validamente formato all'estero nel rispetto delle leggi del Paese dove è stata pratica la surrogazione di maternità, ma ha anche escluso il meno grave reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali *ex art. 495, co. 2, c.p.* In particolare, il Tribunale, emanando una sentenza conforme con la giurisprudenza della Corte EDU nei casi *Menesson e Labassee* ha affermato che “tale condotta non può cagionare alcun nocumento al bene giuridico tutelato dalla norma penale”³⁵.

Sul versante civilistico si rilevano altrettante difformità interpretative in sede di giudizio, che determinano una grave e insoddisfacente incertezza giuridica circa lo *status* del figlio concepito e nato all'estero con pratiche di maternità surrogata. Parte della giurisprudenza ne nega qualsiasi rilevanza giuridica partendo dalla contrarietà con gli articoli 1418, co. 2, e 1346 c.c. per carenza nell'oggetto dei requisiti di possibilità e liceità. Inoltre, *ex art. 1344 c.c.*, il contratto sarebbe nullo perché in frode alla legge. Infine, *ex articoli 1343 e 1418 c.c.*, il contratto non può produrre alcun effetto perché contrario a norma imperativa di legge³⁶. Tuttavia, tutte le citate questioni analizzano l'autonomia privata all'interno dell'ordinamento giuridico, senza considerare il profilo transnazionale della pratica in questione. Il contratto di maternità surrogata, valido nell'ordinamento straniero, ma invalido per quello italiano, può comunque produrre degli effetti nello stesso? Il riconoscimento degli effetti prodotti rischia di creare un *vulnus* di coerenza nell'ordinamento italiano?

Nel 2009, la Corte d'Appello di Bari aveva dichiarato efficace in Italia un *parental order* inglese che imponeva di sostituire nell'atto di nascita del bambino il nome della madre committente con quello della donna gestante. La sentenza disponeva l'annotazione nei registri dello stato civile della modifica effettuata in conformità con il diritto inglese. L'interesse del minore, nel caso portato alla sua attenzione, risultava palesemente essere la prosecuzione della vita familiare con la propria madre sociale³⁷. Nel medesimo solco giurisprudenziale si colloca la pronuncia nel 2011 del Tribunale di Napoli, che dispone la trascrizione degli atti di nascita di bambini nati in Colorado da padre *single* attraverso la surrogazione di maternità³⁸. I giudici hanno valutato che la trascrizione nei registri dello stato civile non costituissero un riconoscimento improprio alla maternità surrogata vietata nell'ordinamento nazionale italiano, ma fosse il mero riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di filiazione conformemente al principio del *favor filiationis*. Nel caso in oggetto i giudici avevano valutato che il mero riconoscimento nell'ordinamento italiano di una situazione familiare legalmente creatasi in un ordinamento straniero non potesse creare incertezze circa il divieto interno e non ponesse in crisi i principi cardine dell'ordinamento³⁹. Si ravvisa giurisprudenza di merito anche nella pronuncia della Corte d'Appello di Torino che, nell'ottobre 2014, in un caso di ricorso a fecondazione eterologa, ribaltando la decisione di primo grado, imponeva all'ufficiale

³⁵ T. TRINCHERA, *op. cit.*, p. 1.

³⁶ Tribunale di Brescia, Sez. II penale, 26 novembre 2013. In dottrina v. B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *BioLaw Journal*, 2014, pp. 157-183.

³⁷ Corte d'Appello di Bari, 13 febbraio 2009.

³⁸ Tribunale di Napoli, 1° luglio 2011, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, p. 2695.

³⁹ Tribunale di Forlì, 25 ottobre 2011, in *Diritto di famiglia*, 2013, p. 532.

dello stato civile di trascrivere l'atto di nascita di un bambino con due madri, una spagnola e una italiana. Il caso era poi giunto fino alla Suprema corte che, nella sentenza n. 19599/2016, aveva sancito che l'atto di nascita del figlio di due madri omosessuali redatto in Spagna non fosse contrario all'ordine pubblico inteso nella sua accezione europea e internazionale. Sebbene il caso originasse dal ricorso a fecondazione eterologa e non alla surroga di maternità, tuttavia, rileva sottolineare l'impostazione dell'organo giudicante⁴⁰. Sulla medesima linea interpretativa si colloca la Corte di Appello di Trento del 2017 che, in applicazione dei principi sanciti dalla Cassazione nella pronuncia sopra richiamata, riconosce per la prima volta in Italia il ruolo genitoriale di due padri, accertando il legame familiare, benché non genetico. Il certificato straniero di nascita del bambino nato a seguito di accordo di maternità surrogata viene trascritto nell'ordinamento italiano con l'indicazione di due genitori dello stesso sesso.

Il Tribunale di Bologna aveva cercato di ottenere indicazioni dalla Corte costituzionale già nel 2014 attraverso un'ordinanza di rinvio per questione di legittimità costituzionale degli articoli 35 e 36 della legge n. 184/1983, nella parte in cui non consentivano al giudice di valutare, nel caso concreto, se rispondesse all'interesse del minore adottato il riconoscimento di una sentenza straniera che avesse pronunciato l'adozione a favore del coniuge del genitore anche laddove l'unione in questione non fosse idonea a produrre effetti nell'ordinamento italiano trattandosi di matrimonio tra persone dello stesso sesso. La Corte costituzionale aveva tuttavia ritenuto il caso inammissibile perdendo così l'occasione di fornire indicazioni interpretative in materia⁴¹.

Per completezza si segnala anche giurisprudenza contraria, che ha ritenuto il minore adottabile in caso di ricorso alla surrogazione di maternità in quanto la coppia, commettendo una grave violazione al proprio ordinamento nazionale, non avrebbe mai assunto alcuna potestà genitoriale e, pertanto, in assenza di altri parenti del minore, correttamente il Tribunale per i minori avrebbe accertato lo stato di abbandono e ne avrebbe conseguentemente dichiarato l'adottabilità⁴².

4. Con gli atti di stato civile viene data notizia pubblica e certezza dell'esistenza di una persona fisica, del suo *status* e delle relative modifiche. Con gli adempimenti anagrafici ogni persona fisica viene registrata negli appositi schedari di competenza del Comune di residenza⁴³. Conformemente alle disposizioni della direttiva

⁴⁰ Nello stesso senso v. anche Cassazione, sentenza del 15 giugno 2017, n. 14878.

⁴¹ E. BILOTTI, *Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di "stepchild adoption" da parte del coniuge "same sex" del genitore biologico: Il Tribunale per i Minorenni di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983*, in *Diritto civile contemporaneo*, ottobre-dicembre 2014, reperibile *online*.

⁴² Cassazione, sentenza dell'11 novembre 2014, n. 24001. In primo e in secondo grado, il giudice di merito stabiliva che il contratto di surrogazione era da ritenersi nullo, in quanto la pratica di surroga era avvenuta in violazione anche della legge ucraina, che prevede che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro appartenga alla coppia committente. La Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sulla questione, aveva confermato la sentenza di merito, innanzitutto osservando che, contrariamente a quanto sostenuto dalla coppia, il concetto di ordine pubblico non riguarda solo "i valori condivisi dalla comunità internazionale", ma comprende anche "principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e perciò irrinunciabili".

⁴³ S. TONOLO, *op. cit.*, p. 83.

2004/38/CE in materia di libera circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari, il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, sancisce la possibilità di trascrizione di atti formati all'estero dei cittadini stranieri residenti in Italia che ne facciano richiesta. L'atto straniero concernente un cittadino italiano non può essere trascritto se contrario all'ordine pubblico. È necessario quindi analizzare l'interpretazione dell'istituto dell'ordine pubblico e come si sia modificato nel corso del tempo. Come primo rilievo, tuttavia, la casistica fortemente discordante sopra riportata delle corti di merito sottolinea come la l. n. 40/2004, principale cardine dell'impianto giuridico della maternità surrogata, non sia lo strumento giuridico idoneo a fare fronte alle complesse esigenze della società per gestire un fenomeno in espansione.

La valutazione del rispetto dell'ordine pubblico come requisito necessario e prodromico alla trascrizione dell'atto straniero impone una riflessione più ampia⁴⁴. Il limite dell'ordine pubblico, svolgendo una funzione di difesa dell'ordinamento nazionale, è istituto tipico di ogni sistema di diritto internazionale privato. Attraverso tale eccezione l'ordinamento interno può permettersi un'apertura al diritto straniero tutelando in ogni caso i principi fondamentali e la coerenza interna attraverso il "paracadute" dell'ordine pubblico⁴⁵.

La nozione generica ed elastica si presta a una ricostruzione solo attraverso la casistica giurisprudenziale di riferimento, essendo impossibile una concretizzazione in via certa ed esaustiva. L'ordine pubblico si caratterizza infatti per la sua indeterminatazza di concetto funzionale e il contenuto conferito dall'interprete varia in funzione del luogo e del tempo di applicazione⁴⁶. La nozione infatti, profondamente radicata in uno specifico ambito geografico, è frutto di una combinazione di fattori sociali e giuridici⁴⁷. Al riguardo l'esempio classico è quello dell'indissolubilità del

⁴⁴ Per un inquadramento sull'evoluzione dell'istituto v. G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969; ID., *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, 1980, p. 1105 ss. Sul limite dell'ordine pubblico nel diritto internazionale privato la dottrina è sconfinata. Tra i tanti, senza pretesa di completezza, v. G. MUSSACCHIA, *L'ordine pubblico nel diritto internazionale privato*, Roma, 1938; G. SPERDUTI, *Ordine pubblico e divorzio*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, pp. 311-336; G. BADIALI, *L'ordine pubblico e il diritto straniero*, Milano, 1963; N. PALAIA, *L'ordine pubblico "internazionale"*, Padova, 1974; P. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977; F. MOSCONI, *Exceptions to the Operation of Choice Law Rules*, in *Recueil des cours*, 1989, t. 217, p. 9 ss.; ID., *Il limite dell'ordine pubblico nella Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Jus*, 1990, p. 45 ss.; ID., *Qualche riflessione in tema d'ordine pubblico nel progetto di riforma e nella Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Rivista diritto internazionale privato e processuale*, 1992, p. 5 ss.; nella dottrina straniera, T.H. HEALY, *Théorie général de l'ordre public*, in *Recueil des cours*, 1925, p. 411 ss.; P. LOUIS-LUCAS, *Remarques sur l'ordre public*, in *Revue critique du droit international privé*, 1933, p. 393 ss.; P.G. VALLINDAS, *La réserve de l'ordre public en droit international privé*, in *Revue hellénique du droit international*, 1950, p. 270 ss.; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959.

⁴⁵ Per l'uso dell'espressione v. O. FERACI, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁶ P.G. VALLINDAS, *Le principe de l'élasticité de la réserve de l'ordre public et les réserves spécialisées*, in *Revue hellénique du droit international*, 1949-1950, p. 55 ss.; F. RIGAUX, *Les notions à contenu variable en droit international privé*, in C. PERELMAN, R. VAN DER ELST (eds.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984, p. 237 ss.

⁴⁷ P. LAGARDE, *Reference to Public Order ("Ordre Public") in French Private International Law*, in M.C. FOBLETS, J.F. GAUNDREAU-DESBIENS, A. DUNDES RENTELN (eds.), *Cultural Diversity and the Law. State Response from around the World*, Bruxelles, 2010, p. 521 ss.

matrimonio, venuta meno con l'entrata in vigore della legge sul divorzio. In estrema sintesi, il limite dell'ordine pubblico subisce una lenta evoluzione che recepisce nel diritto positivo i cambiamenti della società civile.

Sebbene l'ordine pubblico identifichi un nucleo di valori scelti discrezionalmente dal legislatore nazionale, il concetto non ha profili puramente interni poiché viene in rilievo con riferimento a fenomeni sovranazionali, originariamente tipici del solo diritto internazionale privato e, successivamente, applicabili anche al fenomeno d'integrazione europea⁴⁸. L'ordine pubblico interno identifica il complesso di "principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un certo momento storico". L'ordine pubblico internazionale identifica quei principi "a carattere universale, comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi alla tutela di alcuni diritti fondamentali dell'uomo, spesso sanciti in dichiarazioni o convenzioni internazionali"⁴⁹. In dottrina pertanto all'ordine pubblico strettamente interno – ovvero preposto alla difesa dei valori nazionali – si è affiancato progressivamente l'ordine pubblico internazionale volto a tutelare i valori comuni condivisi dalla comunità internazionale, come per esempio la tutela dei diritti fondamentali⁵⁰. Il nucleo di questi principi fondamentali che trovano quindi enunciazione nella Carta costituzionale, ma non solo, costituiscono un completamento all'ordinamento interno per la tutela dei suoi valori fondanti⁵¹.

Mentre l'ordine pubblico internazionale costituisce limite all'applicazione del diritto straniero che, se non fermato, determinerebbe una "contaminazione" dei valori identificati dal legislatore nazionale; l'ordine pubblico interno costituisce invece limite all'autonomia privata rispetto alle norme imperative di diritto interno. Tale ultimo aspetto riflette le politiche legislative di competenza statale, mentre l'ordine pubblico internazionale dovrebbe esprimere concezioni di più ampia portata. Nel settore della maternità surrogata risulta necessario applicare entrambe le categorie: le coppie committenti, trovandosi davanti ad una limitazione della loro autonomia privata (ordine pubblico interno), ricorrono agli accordi di maternità surrogata internazionale che vengono loro lecitamente offerti, in applicazione, come già visto, della libera circolazione della pubblicizzazione delle offerte sanitarie, attraverso il *web*. Al momento del rientro, la coppia con il loro bambino deve superare lo scoglio del riconoscimento, con l'eventuale applicazione dell'ordine pubblico internazionale.

Dottrina e giurisprudenza hanno sottolineato la distinzione tra l'ordine pubblico ideale e quello c.d. di prossimità⁵². Secondo il primo la valutazione di compati-

⁴⁸ È ormai superato il dibattito dottrinale sulla distinzione dei concetti di ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno. Cfr. C. BROCHER, *Théorie du droit international privé*, in *Revue du droit international et législation comparé*, 1872, p. 196 ss.

⁴⁹ Cassazione civile, sentenze dell'8 gennaio 1981, n. 189, in *Foro italiano*, 1981, p. 1052 ss.; e del 24 novembre 1989, n. 5074, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1991, p. 155 ss.

⁵⁰ G. SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1954, p. 82 ss.; H. ROLIN, *Vers un ordre public réelment interational*, in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, 1960, p. 441 ss.

⁵¹ Cassazione, Sez. I civile, sentenze del 10 marzo 1995, n. 2788, in *Rivista di diritto internazionale*, 1996, p. 1068 ss.; e del 26 novembre 2004, n. 22332, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 771 ss.

⁵² M. CASTELLANETA, *Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 5, p. 66 ss.

bilità avverrebbe sull'analisi dei valori costituzionali condivisi dalla Comunità internazionale e non dalle singole norme imperative. Benché non sia mancato chi in dottrina abbia sottolineato l'incompatibilità degli accordi di maternità surrogata con il diritto internazionale, specialmente riconducendo tale divieto nell'alveo della tutela della donna e nel divieto di mercificazione della vita umana⁵³, tuttavia non si condivide tale impostazione, ritenendo che il divieto espresso di maternità surrogata sia riconducibile a una norma imperativa nazionale⁵⁴. L'utilizzo della nozione di ordine pubblico di prossimità consente di moderare l'applicazione del limite nel caso concreto⁵⁵. È noto il carattere evolutivo della nozione di ordine pubblico e il conseguente dovere epistemologico di tradurre in canoni ermeneutici estensivi la compatibilità delle situazioni giuridiche esistenti all'estero per garantire la corretta copertura giuridica.

In ogni caso, l'ordine pubblico in quanto limite all'applicazione della legge straniera, così come alla libera circolazione nel mercato interno, è istituito a carattere assolutamente eccezionale. Benché sia inscindibile il legame tra l'ordine pubblico e la comunità di diritto, i contributi interpretativi della Corte di giustizia dell'Unione hanno determinato una ridefinizione dell'istituto a favore del rafforzamento del processo d'integrazione⁵⁶. Con l'obiettivo di creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia – obiettivo oggi sancito all'art. 3, par. 2, TUE – la Commissione nel 1998 sottolineava che “in materia di mantenimento dell'ordine pubblico, occorrerà disegnare progressivamente i contorni di un ‘ordine pubblico europeo’ fondato su una valutazione degli interessi fondamentali comuni”⁵⁷. L'ordine pubblico europeo avrebbe la funzione di preservare la coerenza del mercato interno *vis à vis* degli Stati terzi. Tuttavia, lo studio condotto dal Parlamento europeo ha messo in luce come in materia di maternità surrogata non vi sia una condivisione di valori etici tali da assurgere ad un'unica categoria. L'ordine pubblico ripropone le grandi differenze e le fratture giuridiche tra gli Stati membri sottolineando proprio quelle diversità che il diritto europeo mira a eliminare, o almeno a mitigare.

La Corte di giustizia ha sottolineato come gli Stati membri non possono invocare l'istituto dell'ordine pubblico per violare norme europee. Il fatto che un principio rientri nella categoria dell'ordine pubblico non lo sottrae alla generale applicazione

⁵³ L. POLI, *op. cit.*; M. RIZZUTI, *op. cit.*

⁵⁴ Sulla riconoscibilità della maternità surrogata nell'ordinamento spagnolo v. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la dirección general de los registros y del notariado de 18 de febrero de 2009*, in *Cuaderno de derecho transnational*, 2009, p. 294 ss.

⁵⁵ A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, in *Recueil des cours*, 2000, p. 62 ss.; H. GAUDEMET-TALLON, *Le pluralisme en droit international privé: richesse et faiblesse (Le funambule et l'arc-en-ciel)*. *Cours général*, *ivi*, 2005, p. 424 ss.

⁵⁶ H.P. MEIDANIS, *Public Policy and Ordre Public in the Private International Law*, in *European Law Review*, 2005, p. 95 ss.; T. STRUYCKEN, *L'ordre public de la Communauté Européenne*, in AA.VV., *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridique – Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 617 ss.; M. FALLON, *L'exception d'ordre public face à l'exception de reconnaissance mutuelle*, in S. BARIATTI, G. VENTURINI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato – Liber Fausto Pocar*, II, Milano, 2009, p. 331 ss.

⁵⁷ COM(1998)459 def.

del diritto europeo⁵⁸. Pertanto non sarà possibile operare un intervento che produca effetti discriminatori⁵⁹. Uno Stato membro può invocare motivi d'interesse generale per giustificare una misura nazionale che ostacoli la libera circolazione solo quando tale misura sia conforme ai diritti fondamentali⁶⁰. Si reputa che nel caso di accordi di maternità surrogata si producano restrizioni alle quattro libertà fondamentali nel mercato interno con effetti discriminatori. Se, infatti, la coppia è composta da un cittadino di uno Stato membro che permette o autorizza tale modalità di filiazione (come per esempio Grecia, Paesi Bassi e Regno Unito) o da un cittadino che in uno di tali Stati vi risiede stabilmente, il bambino in questo caso sarà regolarmente registrato nei registri dello stato civile, potendo successivamente circolare all'interno dell'Unione in virtù della libera circolazione. Senza considerare l'ulteriore situazione di disparità derivante dal fatto che vi sono Stati membri – Belgio, Repubblica ceca, Lussemburgo e Polonia – che hanno mostrato un atteggiamento tollerante nei confronti della maternità surrogata, in virtù del quale è più agevole registrare un atto di nascita di un bambino avuto tramite maternità surrogata praticata altrove.

Infine, oltre a quello di non discriminazione, esistono altri due rilevanti principi di diritto che dovrebbero fare propendere per il riconoscimento: il principio del *favor filiationis*, che garantisce una conservazione della progenie, e quello di conservazione della validità degli atti costituitisi all'estero⁶¹. In particolare, l'ultimo principio si declina nell'UE attraverso la pietra miliare del mutuo riconoscimento, che sostiene l'instaurazione e il consolidamento della libera circolazione nel mercato interno.

5. I giudici di merito italiani, lasciati soli dal legislatore europeo e trovandosi davanti a normative particolarmente restrittive, hanno individuato un importante riferimento nelle pronunce della Corte EDU per cercare di definire un ordine nell'intricata sovrapposizione di interessi contrastanti che caratterizzano il fenomeno della maternità su commissione⁶². Attraverso il sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali⁶³, la giurisprudenza di Strasburgo ha elaborato il riferimento al concetto di supremo interesse del minore, peraltro già presente in fonti di natura

⁵⁸ C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, pp. 1132-1139.

⁵⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 5 giugno 1997, causa C-105/94, *Celestini*; e del 26 novembre 2002, causa C-100/01, *Olazabal*.

⁶⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Rutili*; e dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*.

⁶¹ G. NOTO LA DIEGA, *La trascrizione del certificato di nascita del figlio di coniugi "same sex". Filiazione omogenitoriale, ordine pubblico internazionale e interesse del minore nella recente giurisprudenza torinese*, in *Diritto civile contemporaneo*, gennaio/marzo 2015, reperibile online.

⁶² D. ROSANI, "The best interest of the Parents". *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *BioLaw Journal*, 2017, pp. 109-134.

⁶³ N.J.S. LOCKHART, J.H.H. WEILER, "Taking Rights Seriously" *Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence – part II*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 579 ss.; I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Recise*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 707 ss.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006; A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 869 ss.; G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, *ivi*, 2011, p. 837

convenzionale di diritto internazionale, con il quale procedere a un bilanciamento, caso per caso, con il limite dell'ordine pubblico. Il principio del *best interests of the child* ha subito una notevole evoluzione nella prassi giurisprudenziale e dottrina, passando da criterio ispiratore a principio generale della normativa internazionale⁶⁴. Con la trasformazione dei concetti di “autorità genitoriale” e “responsabilità genitoriale” (intesa come responsabilità di assistere, educare e mantenere la prole nella sua crescita quale autonomo soggetto), il principio del superiore interesse del minore acquista una sua progressiva rilevanza autonoma con portata estensiva nel contesto dei singoli diritti riconosciuti al minore. Nella prassi interpretativa dei giudici nazionali, il *best interest of the child* diventa criterio ermeneutico per decidere circa la cura del minore, come per esempio nel caso del diritto alla bigenitorialità⁶⁵.

Con la sentenza *Mennesson e Labassee*, la Corte EDU riconosce per la prima volta la violazione dell'art. 8 della Convenzione in relazione ai minori coinvolti e condanna la Francia per il rifiuto delle autorità nazionali a trascrivere il certificato di nascita di figli nati da accordi di maternità surrogata all'estero⁶⁶. Le autorità francesi, dall'ufficiale di stato civile fino alla Cassazione, nel rifiutare la trascrizione adducevano il contrasto con l'ordine pubblico e non riconoscevano quindi il valore legale della relazione familiare esistente. Benché la Corte EDU reputi che l'ingerenza statale persegua uno scopo legittimo – scoraggiare i propri cittadini al ricorrere, al di fuori dei confini nazionali, a un metodo di procreazione medicalmente assistita che è vietato in territorio francese – tuttavia l'analisi del caso particolare deve tenere in considerazione il diritto dei minori al rispetto della loro vita privata *ex art. 8 CEDU*⁶⁷. Pertanto, considerato il primario interesse alla definizione dell'identità e a una situazione di certezza giuridica circa i legami familiari da cui discendono la cittadinanza del minore e i suoi diritti successori, la Corte reputa che il mancato riconoscimento del rapporto di parentela produca degli effetti negativi che si esten-

ss.; J. ZILLER, *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e “costituzionalizzazione” della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, *ivi*, 2011, p. 539 ss.

⁶⁴ Art. 9 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata in Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176. Adottata il 20 novembre 1989 con risoluzione n. 44/25 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, è entrata in vigore il 2 settembre 1990, e attualmente vincola 193 Stati. In dottrina v. F. SANTOSUOSSO, *Il minore e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo*, in *Iustitia*, 1997, p. 361 ss.; R. RIVELLO, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minori e giustizia*, 2011, p. 15 ss.

⁶⁵ Cfr. la Cour de Cassation francese, sentenza del 4 luglio 2006, n. 1127, in *Revue critique du droit international privé*, 2007, p. 622 ss., dove si stabilisce il diritto da parte di ogni membro della famiglia a rispettare i diritti dei componenti del nucleo, per cui i giudici del merito devono valutare se il comportamento della madre che ritiene di trasferire il figlio non implichi una violazione del suo superiore interesse a intrattenere relazioni stabili con entrambi i genitori.

⁶⁶ Sentenza del 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia*. In dottrina cfr. C. ACHMAD, *Children's Rights to the Fore in the European Court of Human Right' First International Commercial Surrogacy Judgments*, in *European Human Rights Review*, 2014, p. 638 ss.; T. TRINCHERA, *Viola l'art. 8 della CEDU lo Stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità*, in *Diritto penale contemporaneo*, luglio 2014, reperibile online.

⁶⁷ E. PARAVANI, *Art. 8*, in C. DE FILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali commentata ed annotata*, Napoli, 2006, p. 318; S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014, p. 223.

dono alla sfera giuridica dei minori⁶⁸. Tale impostazione veniva successivamente confermata nella prima pronuncia *Paradiso Campanelli* che condannava l'Italia⁶⁹.

L'interpretazione della Corte di Strasburgo risultava essere quindi quella di "disattivare" l'eccezione di ordine pubblico per controbilanciare, nel caso specifico, gli interessi del minore⁷⁰. Come sopra analizzato, la lettura convenzionalmente orientata dei diritti dei minori ha spinto diversi giudici nazionali a confermare l'impostazione disponendo una trascrizione, almeno parziale, degli atti di nascita formati all'estero a seguito di maternità su commissione⁷¹. In tutti i casi in oggetto vi era un elemento genetico di collegamento tra la coppia e il bambino. A tale giurisprudenza si è associata nel 2014 la Corte federale di giustizia tedesca, decidendo sulla vicenda di una coppia omosessuale che aveva fatto ricorso alla maternità su commissione in California. Il bambino nato dall'accordo di maternità risultava geneticamente legato ad uno dei componenti della coppia, mentre gli ovuli erano stati procurati esternamente⁷². A tale decisione si sono poi adeguate le istanze inferiori in casi similari⁷³.

È interessante notare come l'elemento della mancanza di legame genetico sia stato utilizzato dalla pronuncia della Grande Camera *Paradiso Campanelli* per motivare la non violazione della Convenzione. Sostanzialmente pare che laddove non vi sia un legame genetico e non si possa dimostrare una prolungata convivenza familiare, magari anni, tra i genitori e il bambino la condanna della maternità surrogata non possa trovare spazio, nemmeno in via interpretativa. La questione è quindi, a mio avviso, se sia possibile operare effettivamente una distinzione tra legami genetici e legali familiari in ambito di maternità surrogata. Infatti, premesso che gli accordi di maternità surrogata sono vietati dalla legge nazionale, è possibile salvarne gli effetti ottenendo la trascrizione dell'atto di nascita formatosi legalmente all'estero? La Corte EDU risponde positivamente, ma purtroppo l'ultima pronuncia, in contrasto con il precedente orientamento, vizia il ragionamento giuridico che faceva perno sul *best interests of the child* introducendo l'elemento del legame genetico. La Corte sottolinea la qualità del legame familiare e la durata. La qualità può essere determinata dalla condivisione del patrimonio genetico?

L'impostazione giurisprudenziale che valuta caso per caso la qualità del legame del minore non può essere condivisa poiché determina ulteriore incertezza giuridica e ulteriore discriminazione: non solo i diritti alla trascrizione degli atti dei cittadini europei saranno diversi a seconda della loro nazionalità di origine nell'Unione o della loro stabile residenza, ma saranno anche trattati distintamente se la pratica di surrogazione ha coinvolto la genetica di almeno uno dei committenti. Qual è la base

⁶⁸ C. PINELLI, *Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo*, in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, p. 129 ss.; A. D'ALLOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2014, p. 8.

⁶⁹ Sentenza del 27 gennaio 2015. In dottrina cfr. A. VIVIANI, *Il caso Paradiso Campanelli ovvero la Corte Europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali*, in *SIDIBlog*, 3 febbraio 2015, reperibile online; M.M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso Campanelli c. Italia*, in *Genius*, 2015, p. 243 ss.

⁷⁰ Per l'espressione "disattivare" v. C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità*, cit., p. 1134.

⁷¹ In tal senso v. anche la Cour de Cassation francese, sentenza del 5 luglio 2017, n. 824.

⁷² Bundesgerichtshof, ordinanza del 10 dicembre 2014, XII ZB 463/13.

⁷³ Oderlandesgericht Dusseldorf, ordinanza del 7 aprile 2015, II-1 UF 258/13.

giuridica per tale distinzione? L'interpretazione giuridica che opera una distinzione nel caso in cui la surrogazione sia stata attuata senza alcun legame genetico con la coppia committente non può trovare fondamento nel divieto generale di surrogazione, né nel limite dell'ordine pubblico. Inoltre, il principio interpretativo del supremo interesse del minore non può essere messo in relazione esclusivamente con il legame genetico del bambino. Come sancito dalla Cassazione, il bambino nato all'estero per le scelte della coppia genitoriale ha un diritto fondamentale alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito all'estero⁷⁴.

La giurisprudenza di Strasburgo, riconoscendo valore primario al mantenimento della realtà familiare di riferimento del minore, ha ampliato il concetto di vita familiare, ricomprendendo periodi di convivenza anche piuttosto brevi, poiché il trascorrere del tempo incide sui legami tra gli individui⁷⁵. Qual è il lasso di tempo idoneo a colmare la mancanza di un legame genetico tra il bambino e la coppia committente? La convivenza di otto mesi dei coniugi Paradiso Campanelli non costituisce, per la Corte EDU, un lasso di tempo sufficiente a creare una vita familiare tra i genitori e il bambino. Se i coniugi fossero rimasti due anni in Russia con il bambino? Pare evidente che non sia possibile valutare la questione in tali termini se non determinando altre incertezze giuridiche e inopportune distinzioni caso per caso. Se il bambino ha il diritto fondamentale alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito all'estero, tale diritto esiste dal suo primo giorno di vita. Il ricorso all'eccezione di ordine pubblico non può giustificare discriminazioni nei confronti del minore. Lasciare il minore con i genitori che lo hanno voluto, sebbene attraverso una pratica vietata nel loro Paese di origine, non costituisce, a mio avviso, una legalizzazione della surrogazione. Il legislatore italiano è chiaro nel sancire la violazione di legge, tuttavia tale scelta etica non può produrre effetti giuridici nella sfera del minore oltre i confini nazionali. Il bambino che, in quanto frutto di un accordo di maternità surrogata, viene allontanato dai genitori subirà, in nome della priorità dei pubblici interessi, un grave, e forse irreparabile, danno. Proprio il richiamo al criterio del supremo interesse del minore dovrebbe invece dimostrare che gli aspetti di carattere general-preventivo non possono prevaricare il bilanciamento d'interessi del caso concreto⁷⁶.

6. La dottrina del margine di apprezzamento è stata sviluppata fin dagli anni '50 nell'alveo della giurisprudenza della Corte EDU⁷⁷, la quale ha fatto riferimento a

⁷⁴ Cassazione civile, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599.

⁷⁵ Sentenze della Corte EDU del 25 gennaio 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Romania*, n. 31679/96, par. 102; e del 10 aprile 2012, *Pontes c. Portogallo*, n. 19554/09, par. 80.

⁷⁶ R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal*, 2016, p. 5 ss.; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *Maternidad subrogada en Espana: estado de la cuestion*, in *Genius*, 2016, p. 20 ss.

⁷⁷ R.S.J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, p. 95 ss.; F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 65 ss.; P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, p. 145 ss.; I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. ODDENINO *et al.* (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e*

quello spazio lasciato agli Stati per applicare la loro discrezionalità e adottare eventuali misure derogatorie rispetto alle disposizioni della Convenzione. Quindi esso consiste nella possibilità riservata agli Stati dalla Corte di declinare nella propria realtà, tenendo quindi in considerazione le peculiarità nazionali, gli standard fissati dal diritto internazionale⁷⁸. Il margine di deroga lasciato agli Stati nell'applicazione della Convenzione si riscontra, per esempio, con riferimento all'art. 15 nel valutare gli estremi dell'urgenza e la sussistenza di una situazione di emergenza tale da configurare un rischio per la sicurezza nazionale. Questo riferimento, costantemente richiamato dalla giurisprudenza di Strasburgo, particolarmente in sede di applicazione degli articoli 8-11, 14, 15 CEDU e dell'art. 1 del Protocollo n. 1, ha portato i commentatori a delineare una vera e propria "dottrina", sebbene non sistematicamente organizzata⁷⁹. La tolleranza costituzionale può configurare un'applicazione del principio di sussidiarietà, cioè sostanzialmente un'autolimitazione che la Corte EDU attua per consentire agli Stati di bilanciare interessi fondamentali e contrapposti⁸⁰. La natura eminentemente politica dell'art. 15 CEDU, a partire dalla quale la dottrina del margine di apprezzamento trae le proprie origini, determina una peculiarità dell'istituto che rende difficile una sua sistematizzazione rispetto ad altre disposizioni con natura differente⁸¹.

Ancora più rilevanti differenze si riscontrano tra il sistema di tutela dei diritti della CEDU e quello UE. Mentre il primo appartiene interamente al diritto internazionale, dal quale deriva e nel quale rimane, al contrario il sistema di tutela dei diritti dell'Unione, pur traendo origine dal diritto internazionale si discosta da questo divenendo un sistema autonomo⁸². Se la dottrina del margine di apprezzamento ha consentito alla Corte EDU di compiere un *self-restraint*, non si condivide l'applicazione di tale dottrina in seno al diritto UE e alla giurisprudenza di Lussemburgo, che dispone di altre, ben più strutturate argomentazioni, per dirimere il dilemma tra universalità e particolarismo, come per esempio l'attribuzione delle competenze⁸³.

nell'ordinamento comunitario, Napoli, 2010, p. 3 ss.; E. APA, *Il margine di apprezzamento statale nel sistema della CEDU*, in *Atti del convegno di studio. Il costituzionalismo multilivello, profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2010, p. 135.

⁷⁸ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Defensibility of the Margin of Appreciation Doctrine in the ECHR: Value-pluralism in the European Integration*, in *Revue européenne de droit public*, 2001, p. 1162 ss.

⁷⁹ Y. WINISDOERFFER, *The Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, p. 18 ss.; O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra corti costituzionali e corti europee*, Milano, 2010.

⁸⁰ E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, p. 843 ss.; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 744 ss.

⁸¹ E. KASTANAS, *Unité et diversité: notion autonomes et marge d'appréciation des états dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996; M. O'BOYLE, *The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15: Ritual Incantation or Principle?*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, p. 23 ss.; S. GREER, *The Margin of Appreciation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 2000, reperibile online.

⁸² P. PESCATORE, *The Law of Integration. Emergence of a New Phenomenon in International Relations, Based on the Experience of the European Communities*, Leiden, 1974.

⁸³ R. LAWSON, *The Irish Abortion Case: European Limits to National Sovereignty*, in *European Journal of Health Law*, 1994, pp. 167-186; K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional*

La Corte di giustizia UE ha mostrato negli anni una spiccata attitudine all'attivismo giudiziario, in particolare nella materia del mercato interno⁸⁴. Il processo di integrazione europea ha riconosciuto e innalzato le regole del mercato interno e il principio di non discriminazione a principi fondamentali di carattere sovraordinato rispetto alle legislazioni nazionali⁸⁵.

Pur riconoscendo il carattere osmotico e l'influenza della Corte EDU sulla giurisprudenza europea in ambito di tutela di diritti fondamentali, auspicare l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento in quanto metodo per mediare tra le diversità giuridiche degli Stati membri e l'universalità a cui tende naturalmente il sistema europeo significa, a mio avviso, snaturare il sistema comunitario. La tutela dell'identità nazionale non può determinare un sistema disomogeneo di protezione dei diritti con "geometrie variabili" in funzione del margine di apprezzamento applicato da ciascuno Stato⁸⁶. Infatti, il privilegio accordato sarebbe a discapito di una applicazione uniforme e determinerebbe la violazione del principio generale della parità di trattamento dei cittadini europei nel mercato interno⁸⁷.

Conseguentemente, ritengo che non sia possibile applicare la teoria del margine di apprezzamento per risolvere la questione della libera circolazione dei cittadini europei e dei loro figli, eventualmente avuti attraverso accordi di maternità surrogata. L'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento comporterebbe identificare la questione dal solo punto di vista etico, mentre sarebbe più opportuno considerare la questione giuridica in quanto inerente alla libera circolazione delle persone nel mercato interno dell'Unione.

7. La Corte di giustizia UE si è occupata per il momento in maniera solo marginale della tematica in oggetto, evitando volutamente una presa di posizione sugli aspetti etici⁸⁸. Nel marzo 2014 la Grande sezione ha pronunciato le sentenze gemelle *C.D.* e *Z.*⁸⁹. L'intervento della Corte di vertice del sistema europeo era richiesta dai giudici nazionali attraverso un rinvio pregiudiziale per interpretare i diritti del congedo di maternità e allattamento sanciti dalle direttive 92/85, 2000/78 e 2006/54, applicabili a madri che non erano gestanti⁹⁰. In entrambi i casi la Corte, in totale

Allocation of Powers and General Principles of EU Law, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1629 ss.; L. AZOULAI (ed.), *L'entrave dans le marché intérieur*, Bruxelles, 2011.

⁸⁴ D. SARMIENTO, *The Silent Lamb and the Deaf Wolves*, in M. AVBELJ, J. KOMAREK (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2011; M. DAWSON, B. DE WITTE, E. MUIR (eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Northampton, 2013.

⁸⁵ K. LENAERTS, *Federalism and the Rule of Law: Perspectives from the European Court of Justice*, in *Fordham International Law Journal*, 2010, p. 1338 ss.; L. AZOULAI, *The "Retained Powers" Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as a Total Law?*, in *European Journal of Legal Studies*, 2011, p. 192 ss.

⁸⁶ P. PESCATORE, *La carence du législateur communautaire et le devoir du juge*, in *Etudes de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelles, 2008, pp. 613-638.

⁸⁷ B. DE WITTE, *A Competence to Protect: The Pursuit of Non-Market Aims through Internal Market*, Oxford, 2011.

⁸⁸ C. CAMPIGLIO, *Il diritto dell'Unione europea si confronta con la maternità su commissione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, pp. 763-768.

⁸⁹ Sentenze del 18 marzo 2014, cause C-167/12, *C.D.*, e C-363/12, *Z.*

⁹⁰ Direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento; direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce

contrasto rispetto alle opinioni degli Avvocati generali Kokott e Wahl, procede ad applicare uno stringente ragionamento giuridico che prende in considerazione la portata esclusivamente letterale delle norme. Il giudice del rinvio chiede se dalla direttiva 92/85 possa discendere il diritto della madre sociale al congedo di maternità retribuito. A tal riguardo, il giudice del rinvio chiede, in particolare, se rilevi ai fini della risposta il fatto che la madre sociale allatti il bambino o possa allattarlo.

L'Avvocato generale Kokott interpreta estensivamente il diritto al congedo di maternità, sancito dall'art. 8 della direttiva 92/85, a partire dalla *ratio* del congedo di maternità, ovvero quello non solo di consentire un recupero psicofisico di energie alla donna, ma anche e soprattutto quello di instaurare tra la madre e il bambino il legame necessario al corretto sviluppo del rapporto tra genitore e figlio. Le madri affidatarie, pur non essendo oggetto di tutela per quella parte della direttiva che concerne i profili strettamente legati alla gestazione, tuttavia vi rientrano per la parte di tutela che deve essere garantita *post* parto. Per l'Avvocato generale "la finalità di tutela della relazione madre-figlio suggerisce di applicare in via generale la direttiva 92/85 alle madri affidatarie, indipendentemente dalla questione se una madre affidataria allatti al seno il figlio oppure no"⁹¹.

Purtroppo la Corte di giustizia, mostrando di autolimitare il proprio ruolo in una cauta posizione di *self-restraint*, esclude le madri affidatarie dall'applicazione della direttiva, evitando così di riconoscere il ruolo della madre sociale. Lo stesso deludente approccio è confermato nel caso Z., nel quale non viene riconosciuta alcuna discriminazione derivante dalla maternità alla madre committente di nazionalità irlandese per la carenza dell'elemento materiale della gravidanza. Alla madre sociale che ha effettuato una maternità surrogata non vengono riconosciuti i diritti per il figlio, come per esempio l'accesso all'istruzione pubblica, che avrebbe avuto a seguito di una maternità tradizionale.

Si reputa sorprendente la mancata opera esegetica della Corte di giustizia, che non ha esitato in materia di creazione e rafforzamento del mercato interno a fare prevalere il perseguimento delle finalità dell'integrazione europea ridefinendo e limitando il concetto di ordine pubblico per adattarlo alle finalità complessive del sistema giuridico europeo⁹². Come già sottolineato da autorevole dottrina il problema della non assimilazione della maternità surrogata alla maternità tradizionale sotto il profilo dei diritti da essa derivanti presenta analogie con quello, ad oggi parzialmente superato, della non assimilazione dell'unione civile al matrimonio⁹³. Le pronunce della Corte di giustizia mettono chiaramente in luce l'esigenza di ripensare e ridefinire i legami familiari non solo in base all'elemento genetico e biologico. Proprio come suggerito nelle conclusioni dell'Avvocato generale: "In considerazione delle possibilità offerte dal progresso medico, le finalità perseguite con la direttiva 92/85 richiedono, di conseguenza, di interpretare la cerchia di persone definita nell'arti-

un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione).

⁹¹ Conclusioni del 26 settembre 2013, causa C-167/12, C.D., punto 46.

⁹² K. LENAERTS, *The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 255 ss.

⁹³ C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 549, nota 81.

colo 2 della direttiva in senso non biologico-monistico, bensì funzionale. La madre affidataria, che in virtù di un previo accordo concluso con la madre surrogata, come previsto, inizia a prendersi cura del lattante immediatamente dopo la sua nascita, al posto della madre biologica e allo stesso modo di questa, subentra successivamente alla nascita al posto della madre biologica e, da tale momento, le spettano gli stessi diritti che sarebbero altrimenti stati riconosciuti alla madre surrogata⁹⁴. Per quanto la Corte scelga di essere cauta nell'affrontare la tematica della maternità surrogata, il legislatore europeo si troverà ad affrontarla nel quadro della legislazione secondaria ogni volta che si prevedano diritti a favore delle madri.

8. Attraverso l'utilizzo improprio dell'istituto dell'adozione, in casi particolari l'ordinamento nazionale ha elaborato una modalità per aggirare l'ostacolo posto dal legislatore. Gli accordi di surrogazione di maternità possono quindi essere, ma non sempre sono, alla base di domande di adozione *ex art. 44, lett. d), l. n. 184/1983*⁹⁵. Il Tribunale per i minorenni di Roma, con pronunce confermate dalla Corte d'appello, ha riconosciuto il diritto, alle rigorose condizioni previste dalla legge, del *partner* in una coppia omosessuale di richiedere l'adozione del figlio minore dell'altro *partner* ai sensi di tale norma⁹⁶. Si tratta di una forma di adozione, estesa ai *singles*, che non recide integralmente i legami con la famiglia di origine e che non attribuisce diritti successori con i parenti del genitore adottivo⁹⁷. Com'è noto, l'adozione piena – legittimante – attribuisce, invece, fin dall'origine dell'istituto, al figlio adottivo l'intero *status* filiale così come al figlio nato all'interno o fuori del matrimonio ed è consentita soltanto alle coppie eterosessuali unite in matrimonio al momento della richiesta. Questa forma di adozione attenuata è stata applicata da una parte della giurisprudenza di merito per garantire l'adozione alle coppie omosessuali⁹⁸. I giudici di merito, per riuscire a giustificare l'istituto, hanno motivato sulla base della relazione affettiva continuativa, dell'impegno educativo assistenziale e dell'interesse del minore a consolidare la propria identità rispetto al nucleo familiare nel quale è vissuto⁹⁹.

Questa pratica giurisprudenziale è apprezzabile perché risolve in alcuni casi il problema specifico, consentendo la tutela dei legami familiari esistenti, a prescindere dal fondamento della loro esistenza, incluso il successivo riconoscimento di

⁹⁴ Conclusioni *C.D.*, punto 46.

⁹⁵ Sull'evoluzione normativa in materia di adozione v. L. LENTI, *Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia, III, Filiazione*, Milano, 2002, p. 575 ss. Cfr. anche M. DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori*, in F.D. BUSNELLI (a cura di), *Codice civile. Commentario*, Milano, 2002, p. 6 ss.

⁹⁶ Tribunale per i Minorenni di Roma, 21 marzo 2016; Cassazione, Sez. I civile, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, in www.articolo29.it, con nota di A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*. Cfr. anche Corte d'Appello di Napoli, 13 marzo 2015.

⁹⁷ M. DOGLIOTTI, *L'adozione in casi particolari*, in M. BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, IV, Torino, 1999, p. 397 ss.; A. GIUSTI, *L'adozione dei minori in casi particolari*, in G. BONILINI, G. CATTANEO (a cura di), *Il diritto di famiglia. Trattato*, III, Torino, 2007, p. 455 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 898 ss.

⁹⁸ M. GATTUSO, *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M.M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017, p. 255 ss.

⁹⁹ M. ACIERNO, *Le nuove genitorialità. Fonti e orientamenti giurisprudenziali*, in Giudicedonna.it, 2017, n. 1.

genitorialità del *partner* privo di relazione biologica con il minore; tuttavia è una soluzione che non soddisfa pienamente¹⁰⁰. Lo “stratagemma” determina infatti una discriminazione inaccettabile tra “genitori pienamente adottivi” e “genitori parziali”, ma soprattutto tra figli adottivi. Inoltre, tale prassi non fornisce alcuna certezza giuridica e non risolve la questione del bilanciamento tra la libera circolazione e il riconoscimento degli *status* genitoriali formati all’estero sulla base di un accordo di surrogazione di maternità.

Nel complesso cambiamento della società, riconoscere gli effetti degli accordi di maternità surrogata operati legalmente oltre i confini nazionali non implica una mercificazione della maternità, né dei neonati, e non viola la dignità della gestante e dei bambini¹⁰¹. Infatti, davanti al rafforzamento del mercato interno e della libera circolazione, l’ordine pubblico nazionale sembra ormai relegato a un ruolo meramente residuale¹⁰². Ed è forse necessario augurarsi un ulteriore ridimensionamento dell’istituto, al fine di non vedere collassare o arenare le quattro libertà fondamentali, pietra fondante dell’Unione, garantendo la “libera portabilità degli *status*” nell’ambito UE. Una volta sorto in uno Stato membro un rapporto di filiazione, gli altri Stati, incluso quello nel quale i genitori sono eventualmente cittadini, non possono che riconoscere l’esistenza del rapporto genitoriale sulla base sia del rispetto della vita familiare del minore, sia in virtù delle regole del mercato unico.

Proprio a conferma di quanto ormai i principi di non discriminazione e di libera circolazione nell’Unione siano diventati parte inscindibile degli ordinamenti nazionali, a prescindere dalla posizione del legislatore, si segnala la prassi, in via di consolidamento, dei funzionari del registro dello stato civile di trascrivere gli atti di nascita di bambini concepiti all’estero grazie a pratiche di fecondazione eterologa o nati grazie alla gestazione per conto di altri, segnalando come genitori la coppia committente¹⁰³. Significa che gli ufficiali del registro dello stato civile riconoscono ormai i genitori sociali come i soggetti a cui imputare pieni diritti e doveri. La decisione dell’anagrafe torinese è di portata epocale, così come diromponente fu la sentenza della Corte d’Appello di Trento che, nel 2017, riconobbe la genitorialità di due uomini, che avevano avuto due gemelli in Canada grazie alla maternità surrogata ed erano già stati registrati come genitori alla *Superior Court of Justice* canadese¹⁰⁴.

¹⁰⁰ J. LONG, *L’adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, p. 109 ss.; Cassazione, sentenza del 24 novembre 2015, n. 23979, *ivi*, 2016, p. 669, con nota di M. CINQUE, *La continuità affettiva nella legge n. 184/1983 e la posizione dei “parenti sociali”*.

¹⁰¹ In senso contrario v. A. RUGGERI, C. SALAZAR, “Non è lecito separarmi da ciò che è mio”: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consulta Online*, 2017, n. 1, p. 143.

¹⁰² L. FUMAGALLI, *L’ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato comunitario*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, p. 645 ss.; F. MUNARI, *La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 913 ss.

¹⁰³ A Torino nell’aprile 2018 la sindaca Appendino aveva iscritto all’anagrafe un bimbo nato all’ospedale Sant’Anna di Torino, indicando nel registro di stato civile che non solo quel bimbo ha due mamme ma anche che è stato concepito grazie alle tecniche di fecondazione eterologa in Danimarca. Il 28 aprile 2018 a Roma è stato trascritto l’atto di nascita di una bambina nata in Canada, grazie alla gestazione per altri, indicando come genitori con pieni diritti e pieni doveri due padri.

¹⁰⁴ Cassazione, ordinanza del 22 febbraio 2018, n. 4382.

Il ragionamento giuridico applicato dai giudici di Trento era che la mancanza di un legame genetico tra i minori e il padre non fosse di ostacolo al riconoscimento di efficacia giuridica del provvedimento straniero. La decisione dell'anagrafe romana si spinge oltre poiché la trascrizione non avviene per ordine di un giudice, ma per decisione dei funzionari dell'ufficio.

Se il legislatore nazionale si mostra quindi incapace di comprendere i profondi cambiamenti della società, il diritto europeo, attraverso i suoi principi generali e le quattro libertà fondamentali di circolazione, mostra ancora una volta la propria incisività nell'elevare la tutela dei diritti.

Abstract

Surrogate Maternity *versus* Free Movement in the Internal Market

The purpose of this contribution is to analyse the existing legislation applicable to the maternity realized by surrogacy and, especially, to point out the different interpretation applied by the Courts – at national and European level – as well as the normative *vacuum* arising from the complete negation of this practice in the framework of the free movement of persons in the internal market.

Edoardo Alberto Rossi*

Data protection nei rapporti transnazionali tra imprese. Aspetti problematici della Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa e del regolamento (UE) 679/2016

SOMMARIO: 1. Introduzione. Esigenze individuali e imprenditoriali implicate nel trasferimento internazionale di dati personali. – 2. L'inadeguatezza delle fonti del Consiglio d'Europa: l'art. 8 CEDU e la Convenzione n. 108. – 3. Il trasferimento di dati personali nel nuovo regolamento (UE) n. 679/2016. – 4. Gli strumenti alternativi alla decisione di adeguatezza della Commissione: le clausole tipo e le norme vincolanti di impresa. – 5. Problemi international-privatistici di coordinamento tra norme sulla giurisdizione e di applicabilità della disciplina sostanziale del regolamento. Il coordinamento dei criteri di giurisdizione tra regolamento 679/2016 e regolamento (UE) n. 1215/2012. – 6. *Segue*: il coordinamento con i criteri di giurisdizione inseriti negli strumenti contrattuali privati. – 7. *Segue*: applicazione extraterritoriale del regolamento e criterio dello "stabilimento". – 8. Osservazioni conclusive.

1. L'incessante evoluzione delle nuove tecnologie ha contribuito ad agevolare il trasferimento di dati personali e la loro disponibilità su scala mondiale, consentendone l'utilizzo sia ad autorità pubbliche che ad imprese private ed offrendo nuove opportunità nell'ambito del commercio e della cooperazione internazionale¹. Il più evidente conflitto che si è palesato è quello tra l'esigenza di utilizzare i dati personali per tutelare l'interesse pubblico alla sicurezza collettiva e l'esigenza di garantire il diritto individuale alla protezione dei dati personali dei singoli². A ben vedere, i

* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale nell'Università degli studi di Urbino.

¹ Le problematiche sollevate nell'ambito del trasferimento internazionale di dati personali hanno spesso riguardato i rapporti tra Unione europea e Stati Uniti, come testimoniato dai casi, sfociati in vicende mediatiche di primo piano, relativi alle attività di sorveglianza di massa della NSA (*Datagate*), oltre alla vicenda SWIFT relativa al trasferimento di dati nelle operazioni finanziarie internazionali, alle controversie nate in relazione agli accordi bilaterali sui *Passenger Name Record (PNR)* conclusi con Stati Uniti, Canada e Australia, al recente *Umbrella Agreement* relativo al trasferimento di dati in materia di cooperazione penale, nonché dai fatti che hanno coinvolto negli ultimi mesi *Facebook* e *Cambridge Analytica*.

² Sul delicato rapporto tra sicurezza e protezione della *privacy* e sulle difficoltà di sintesi tra le due esigenze v. M. NINO, *Terrorismo internazionale, privacy e protezione dei dati personali*, Napoli, 2012,

conflitti che si manifestano nell'ambito dei trasferimenti di dati personali non si esauriscono nel menzionato scontro tra sicurezza pubblica e garanzie individuali, ma coinvolgono anche le esigenze degli operatori commerciali e dei prestatori di servizi, costantemente costretti a fare i conti con transazioni commerciali che travalicano i confini nazionali ed europei e che implicano la circolazione transfrontaliera dei dati. Questi hanno ormai irreversibilmente assunto la natura di beni economici, la cui circolazione tra imprese è necessaria per lo sviluppo del commercio internazionale: non possono essere intrattenuti scambi commerciali senza scambiare anche informazioni personali³. Tuttavia, la protezione dei dati personali, specialmente nel contesto di flussi internazionali, ha un "costo normativo" per le imprese, che sono gravate dal dovere di garantire un adeguato livello di protezione⁴. Tale generale obbligo, che negli ultimi anni è stato oggetto di ulteriori articolazioni, specialmente nel continente europeo, non può che influenzare il perseguimento degli interessi economici ed imprenditoriali degli operatori commerciali. Ne discende il conflitto tra l'obbligo di rispettare il diritto alla protezione dei dati e la libertà d'impresa e di iniziativa economica, il cui rispetto è un presupposto indispensabile per l'implementazione dei sistemi economici e per la corretta regolazione dei mercati⁵.

In Europa, il quadro normativo di riferimento per la regolamentazione dei flussi di dati personali comprende sia fonti del Consiglio d'Europa sia fonti dell'Unione europea, che hanno recentemente riformato le rispettive discipline. L'analisi delle fonti normative europee risulta quindi imprescindibile per comprendere se le operazioni di bilanciamento delle esigenze implicate nei trasferimenti di dati personali non si siano limitate al rapporto tra protezione dei diritti individuali e sicurezza

p. 21 ss.; L. CALIFANO, *Privacy e sicurezza*, in A. TORRE (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Rimini, 2013, p. 563 ss.; S. SCAGLIARINI, *La Corte di Giustizia bilancia diritto alla vita privata e lotta alla criminalità: alcuni pro e alcuni contra*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, p. 851 ss.; G. BUTTARELLI, "Privacy", *sicurezza e nuove tecnologie al bivio di nuove scelte strategiche*, in *federalismi.it*, 2015, p. 2 ss.; M. RUBECCHI, *Sicurezza, tutela dei diritti fondamentali e privacy: nuove esigenze, vecchie questioni (a un anno dagli attacchi di Parigi)*, *ivi*, 2016, p. 2 ss.; G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale della materia dei dati personali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 10 ss. In tema si veda anche la recente sentenza della Corte di giustizia del 2 ottobre 2018, causa C-207/16, *Ministerio Fiscal*, con la quale è stato dichiarato illegittimo il rifiuto di consentire l'accesso ai dati dei titolari di schede telefoniche, conservati dai fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche, per finalità di contrasto alla criminalità. Nel caso di specie l'ingerenza nel diritto alla protezione dei dati è stata ritenuta giustificata da finalità di sicurezza collettiva.

³ Particolarmente significativo al riguardo è quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Schrems*, punto 48, ove è stata evidenziata la stretta connessione tra scambio di dati personali e sviluppo dell'economia e del commercio. Sulla natura dei dati personali come beni cfr. R. PARDOLESI, C. MOTTI, *L'informazione come bene*, in G. DE NOVA (a cura di), *Dalle res alla new properties*, Milano, 1991, p. 37 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 209 ss.

⁴ Sul punto cfr. A. MANTELETO, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d'impresa*, Milano, 2007, p. 87 ss.; G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "safe harbour principles" al "privacy shield"*, Roma, 2016, p. 275 ss.

⁵ In tema cfr. N. NEWMAN, *Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data*, in *Yale Journal on Regulation*, 2014, n. 3, p. 10 ss.; S. SALUZZO, *Cross Border Data Flows and International Trade Law. The Relationship between EU Data Protection Law and the GATS*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, p. 807 ss.

collettiva, ma abbiano debitamente valutato la necessità di tutelare la libertà d'impresa e le esigenze degli operatori del commercio internazionale, tenendo conto anche delle problematiche internazionale-privatistiche che pervadono tutti i rapporti commerciali transnazionali.

2. Quanto al Consiglio d'Europa, occorre innanzitutto rilevare come l'art. 8 della CEDU sia stato oggetto dell'interpretazione evolutiva della Corte di Strasburgo al fine di includere nel "diritto al rispetto della vita privata" anche il diritto alla protezione dei dati personali⁶. Ricomprendere la protezione dei dati personali nell'alveo dell'art. 8 CEDU ha dato modo alla Corte di imporre agli Stati il caratteristico duplice ordine di obblighi gravanti sugli Stati stessi: da una parte, gli obblighi "negativi", di astensione dall'interferire illegittimamente nel diritto alla protezione dei dati dei cittadini, a meno che non si tratti di ingerenze previste dalla legge e necessarie in una società democratica alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine, alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute e della morale o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui; dall'altra, gli obblighi "positivi", attraverso i quali gli Stati vengono gravati dal dovere di rendere effettivo il godimento di tale diritto adottando concretamente misure positive⁷.

La tutela garantita attraverso l'art. 8 CEDU è stata integrata dalla Convenzione n. 108 del 28 gennaio 1981⁸, aperta anche a Stati non membri del Consiglio d'Eu-

⁶ La Corte di Strasburgo ha affermato a più riprese che "private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition" (v., *ex multis*, sentenza del 25 marzo 1993, *Costello-Roberts c. Regno Unito*, par. 36; sentenza del 28 gennaio 2003, *Peck c. Regno Unito*, par. 57; sentenza del 17 luglio 2003, *Perry c. Regno Unito*, par. 36), attribuendo così all'art. 8 CEDU un carattere dinamico, che ne consente l'applicazione costante, anche a fronte delle continue evoluzioni delle situazioni riconducibili al diritto al rispetto della "vita privata". Un tale approccio metodologico e interpretativo ha consentito di tutelare nuovi diritti ed interessi, come il diritto alla protezione dei dati personali (cfr., per tutti, sentenza del 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, par. 103). In argomento v. M. DE SALVIA, *Dati personali e sfera privata nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: ricostruzione sommaria delle linee-guida*, in M. FUMAGALLI MERAVIGLIA (a cura di), *Diritto alla riservatezza e progresso tecnologico. Coesistenza pacifica o scontro di civiltà?*, Napoli, 2015, p. 11 ss.

⁷ Con specifico riguardo per l'art. 8 CEDU, l'interpretazione della Corte ha fatto leva sull'espressione "diritto al rispetto" per imporre agli Stati il dovere di assicurare l'effettivo godimento dei diritti e delle libertà garantite dalla Convenzione attraverso misure positive, come specificato già nella nota sentenza del 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, paragrafi 32-33. In questa occasione la Corte ha chiarito che, sebbene la finalità dell'art. 8 sia essenzialmente quella di proteggere l'individuo da interferenze arbitrarie delle autorità pubbliche, incombe sugli Stati, oltre a questo primario obbligo di natura negativa, anche l'obbligo positivo di rendere effettivo il rispetto della vita privata.

⁸ Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale n. 108, firmata a Strasburgo il 28 gennaio 1981 ed entrata in vigore il 1° ottobre 1985. Dal Preambolo si evince come già al momento della conclusione della Convenzione i trasferimenti di dati personali fossero considerati una importante componente da tenere in considerazione nell'attività di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali ("taking account of the increasing flow across frontiers of personal data undergoing automatic processing"). La Convenzione è stata adottata a seguito della Raccomandazione n. 509 del 1968 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, con la quale era stato richiesto al Comitato dei Ministri di verificare se la CEDU e le legislazioni nazionali offrissero un adeguato livello di protezione dei dati personali. Le lacune riscontrate dal Comitato dei Ministri sono state illustrate in due successive risoluzioni, la n. 22 del 26 settembre 1973 e la n. 29 del 20 settembre 1974, relative rispettivamente al settore privato e al settore pubblico.

ropa⁹, che si è posta come uno strumento di sintesi tra le esigenze di protezione dei dati e di libera circolazione delle informazioni¹⁰, elaborando degli *standards* minimi di garanzia comuni¹¹. A tal riguardo si nota come la Convenzione n. 108 tenda a rafforzare la protezione dei dati personali, definiti genericamente come “ogni informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile” con riguardo per tutte le operazioni che possono costituire un “trattamento automatizzato”¹², come la raccolta, la registrazione, la profilazione, la modifica, la cancellazione, l’estrazione e la diffusione (art. 2)¹³. La parte centrale della Convenzione n. 108, in

⁹ L’art. 23 della Convenzione prevede che il Comitato dei Ministri possa invitare qualsiasi Stato non membro del Consiglio d’Europa ad aderire alla Convenzione. Oltre ai 47 Stati del Consiglio d’Europa, hanno aderito alla Convenzione n. 108 anche Capo Verde, Mauritius, Messico, Senegal, Tunisia ed Uruguay.

¹⁰ Tale finalità si evince sin dal Preambolo della Convenzione, in cui si riconosce espressamente la necessità di conciliare i valori fondamentali del rispetto della vita privata e della libera circolazione delle informazioni tra i popoli (“it is necessary to reconcile the fundamental values of the respect for privacy and the free flow of information between peoples”).

¹¹ Al fine di fornire un ulteriore strumento di supporto per gli Stati parte nell’applicazione della Convenzione n. 108 il *Consultative Committee of the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data* ha adottato il 23 gennaio 2017 le *Linee guida sulla protezione degli individui relative al trattamento di dati personali in un mondo di Big Data*. La raccolta e l’analisi in forma massiva dei dati, finalizzata all’individuazione delle preferenze e alla previsione dei comportamenti di gruppi di soggetti non può che incidere sulla tutela dei diritti individuali. Sebbene non tutti i dati trattati nel contesto dei *Big Data* siano dati personali, in realtà una larga parte di essi contiene informazioni di natura personale. Questo ha giustificato l’emanazione delle Linee guida con lo scopo di raccomandare specifiche misure agli Stati e agli operatori, al fine di prevenire i potenziali effetti negativi dell’utilizzo di *Big Data* sul diritto alla protezione dei dati personali, attraverso una corretta applicazione dei principi già posti con la Convenzione n. 108.

¹² Alla base della Convenzione vi è l’idea, racchiusa nell’art. 5, che i dati debbano essere trattati secondo i già conosciuti principi di legalità e proporzionalità. Così, nella nozione di “qualità dei dati” rientra l’obbligo di raccolta ed elaborazione “lealmente e legalmente” (“fairly and lawfully”) e di registrazione (o archiviazione) per finalità legittime e determinate; i dati devono essere adeguati, pertinenti, aggiornati e non eccessivi rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti e devono essere conservati per un periodo non superiore a quello necessario per tali finalità. Una protezione rafforzata è prevista per i dati sensibili, i quali, in forza dell’art. 6 della Convenzione, non possono essere elaborati in forma automatizzata, salvo appropriate garanzie previste dal diritto interno. Da notare che tale elencazione non ha carattere tassativo, ben potendo gli Stati, in accordo all’art. 11, ampliare le categorie di dati sensibili sottoposte al regime di protezione rafforzata. Inoltre, per garantire il rispetto di tali principi, la Convenzione riconosce all’art. 8 alcune garanzie supplementari agli interessati, i quali devono avere la possibilità di conoscere, accedere, rettificare e cancellare i propri dati oggetto di trattamento automatizzato e devono poter disporre di rimedi efficaci in caso di violazione dei loro diritti.

¹³ La struttura della Convenzione n. 108 riprende, per certi versi, alcuni caratteri della CEDU (sul punto cfr. M.E. BONFANTI, *Il diritto alla protezione dei dati personali nel Patto internazionale sui diritti civili e politici e nella Convenzione europea dei diritti umani: similitudini e difformità di contenuti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 449 ss.). Tale affermazione trova una prima conferma nell’impegno assunto dagli Stati all’art. 4 di adottare all’interno dei propri ordinamenti le misure necessarie per rendere effettivi i principi ed i diritti posti dalla Convenzione. Tuttavia, l’obbligo previsto dall’art. 4 ha natura ed effetti differenti rispetto agli obblighi positivi derivanti dalla CEDU. Infatti, l’obbligo di incorporare i contenuti della Convenzione n. 108 nei sistemi giuridici nazionali deriva dalla natura non auto-applicativa della Convenzione, con il risultato che non può essere ricavato il conferimento di diritti individuali direttamente dalla Convenzione (cfr. Rapporto esplicativo della Convenzione n. 108, par. 38-39). Un’ulteriore analogia può essere ricavata in relazione ai casi di deroga e limitazione giustificata dei diritti previsti dalla Convenzione, che la stessa introduce all’art. 9, secondo una formulazione che ricalca il modello dei secondi paragrafi degli articoli 6, 8, 10 ed 11 della CEDU.

cui vengono sanciti i principi fondamentali per la protezione dei dati, nasce dalla ricerca di garanzie comuni tra gli Stati del Consiglio d'Europa, in modo tale da assecondare l'idea che a tutti gli individui siano garantiti gli stessi diritti in maniera uniforme¹⁴, accordando ad ogni persona che si trovi nel territorio di uno Stato parte, a prescindere dalla sua nazionalità e residenza, il medesimo livello di protezione¹⁵.

Una specifica attenzione è posta sul trasferimento di dati personali, disciplinato dall'art. 12, che come tutte le altre disposizioni della Convenzione non conosce diversità applicative tra il settore pubblico e quello privato, in accordo all'art. 3 della Convenzione stessa. L'incidenza di questa norma sulle imprese non è secondaria, in quanto grava anche gli operatori commerciali privati dell'obbligo di adottare le cautele e le garanzie richieste dalla Convenzione, anche nell'ambito dei flussi di dati tra privati¹⁶.

Il problema della regolamentazione del trasferimento dei dati personali è stato nuovamente affrontato dal Consiglio d'Europa con il Protocollo addizionale alla Convenzione n. 108 dell'8 novembre 2001¹⁷, adottato con l'intento di migliorare l'applicazione dei principi affermati dalla Convenzione venti anni prima, introducendo una nuova disposizione sul ruolo delle autorità nazionali di controllo ed una specifica norma sui flussi transfrontalieri di dati personali verso organizzazioni internazionali o Stati terzi non vincolati alla Convenzione. Per dare concreta attuazione all'apparato di sanzioni e rimedi previsto dall'art. 10 della Convenzione, si è palesata l'esigenza di riconoscere alle autorità di controllo nazionali poteri effettivi da esercitare in piena indipendenza, come il potere di indagine e di intervento, il potere di stare in giudizio o di portare a conoscenza di potenziali violazioni le competenti autorità giudiziarie, così come il potere di ricevere e pronunciarsi su reclami presentati dagli interessati.

¹⁴ Al par. 12 del Rapporto esplicativo della Convenzione n. 108 si dà atto di come siano stati valutati due modelli. Il primo basato sulla reciprocità: ciascuno Stato non avrebbe autorizzato nel proprio territorio trattamenti di dati relativi a soggetti residenti in un altro Stato se tali operazioni non fossero state considerate lecite secondo la legislazione di tale Stato. Il secondo modello, preferito in ragione della volontà di garantire universalmente gli stessi diritti, è nato dalla ricerca di principi di protezione dei dati personali condivisi da tutti gli Stati parte del Consiglio d'Europa, senza tuttavia precludere l'attribuzione da parte dei diritti nazionali di garanzie superiori rispetto a quelle offerte dalla Convenzione. Ciascuno Stato ha, infatti, la facoltà di accordare una protezione più estesa senza che le disposizioni della Convenzione possano porre limitazioni o recare pregiudizio (art. 11), analogamente a quanto accade con l'art. 53 CEDU.

¹⁵ Art. 1 Convenzione n. 108. Trattasi di un principio generale del Consiglio d'Europa, come illustrato nel Rapporto esplicativo della Convenzione, al par. 26, che accomuna la Convenzione n. 108 alla CEDU, anch'essa applicabile, a prescindere dalla nazionalità e dalla residenza, a ogni persona sottoposta alla giurisdizione degli Stati contraenti (art. 1 CEDU).

¹⁶ L'art. 12 della Convenzione n. 108, definiti i trasferimenti internazionali come tutti i flussi di dati personali oltre i confini nazionali effettuati con qualunque mezzo e sottoposti a trattamento automatizzato, pone quale regola generale il divieto di richiedere specifiche autorizzazioni, al solo fine di proteggere la vita privata degli interessati, per i trasferimenti transfrontalieri tra gli Stati parte.

¹⁷ Protocollo addizionale alla Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati a carattere personale, concernente le autorità di controllo ed i flussi transfrontalieri, firmato a Strasburgo l'8 novembre 2001 ed entrato in vigore il 1° luglio 2004. Non tutti i 51 Stati parte della Convenzione n. 108 hanno ratificato anche il Protocollo. Mancano infatti all'appello Azerbaijan, Malta, San Marino, Slovenia, che non hanno sottoscritto il Protocollo, nonché Belgio, Russia, Regno Unito, Grecia, Islanda, Italia e Norvegia, che pur avendo sottoscritto il Protocollo, non l'hanno ancora ratificato.

L'ottica di rafforzamento della tutela individuale, con specifico riguardo per i flussi di dati personali, è stata confermata dall'art. 2 del Protocollo, che ammette il trasferimento di dati personali verso organizzazioni o Stati terzi, a condizione che essi garantiscano un "adeguato livello di protezione" dei dati trasferiti¹⁸. Agli Stati parte il secondo paragrafo dell'art. 2 concede comunque un margine di discrezionalità nella determinazione delle deroghe al principio di adeguatezza, attraverso specifiche disposizioni interne che giustifichino eccezioni a tale principio in nome della protezione di un qualificato interesse del titolare dei dati o di un legittimo interesse di natura prevalente (come nel caso di importanti interessi pubblici) in maniera analoga a quanto previsto dal secondo paragrafo dell'art. 8 CEDU e dall'art. 9 della Convenzione n. 108. Tra le deroghe che gli Stati possono prevedere è indicata anche la possibilità di utilizzare clausole contrattuali, al cui rispetto devono essersi vincolati sia l'esportatore dei dati sia il destinatario degli stessi, fornendo garanzie considerate adeguate dalle competenti autorità di controllo¹⁹.

La Convenzione n. 108 è stata interessata da un progetto di revisione avviato nel 2010²⁰ e concluso il 18 maggio 2018 con l'adozione del Protocollo di ammodernamento da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa²¹. Tra le

¹⁸ Mancava una disposizione del genere nel testo della Convenzione n. 108, limitandosi l'art. 12 a disciplinare i trasferimenti indirettamente destinati verso Paesi o organizzazioni terze ed affermando il principio di libera circolazione dei dati tra gli Stati parte. Per valutare l'adeguatezza della protezione viene in soccorso il Rapporto esplicativo del Protocollo, nel quale viene rilevato come, a tal proposito, siano necessari giudizi relativi alla singola fattispecie concreta per ciascun trasferimento o per ciascuna categoria di trasferimenti, che tengano conto del tipo di dati, delle finalità del trasferimento, della durata del trattamento e della conservazione, del Paese di origine e di destinazione e delle relative normative generali e settoriali esistenti, anche con riferimento agli *standards* di sicurezza dei dati, alla condivisione dei principi sanciti dalla Convenzione n. 108 e dal Protocollo, nonché i rimedi a disposizione degli interessati nel caso di violazioni dei loro diritti (cfr. *Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, regarding supervisory authorities and transborder data flows*, paragrafi 27-29).

¹⁹ In proposito, il contenuto delle pattuizioni contrattuali deve senz'altro includere tutti gli elementi rilevanti ai fini dell'effettività della protezione dei dati, individuando le persone di contatto all'interno delle imprese coinvolte nel flusso di dati ed i rimedi garantiti in caso di violazione (cfr. *Explanatory Report to the Additional Protocol*, cit., paragrafi 32-33).

²⁰ Il 28 gennaio 2011 è stata avviata una consultazione pubblica del Segretariato generale al fine di ricevere indicazioni sulle modalità di riforma della Convenzione. Il 3 dicembre 2014 un Comitato costituito *ad hoc*, il CAHDATA, ha approvato la proposta di revisione della Convenzione, incaricando il Segretariato generale di preparare un apposito progetto di Protocollo di emendamento da trasmettere al Comitato dei Ministri. La prima versione del progetto, contenuta nel documento CM(2015)40-add, è stata rivista ed integrata secondo le indicazioni degli Stati e della Commissione europea. Con il documento CM(2016)28-final il Comitato dei Ministri ha chiesto al CAHDATA di esaminare alcune questioni rimaste ancora aperte, fino al raggiungimento del testo definitivo del Protocollo di ammodernamento approvato il 18 maggio 2018. In tema v. M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *Le nuove normative europee sulla protezione dei dati personali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2016, p. 12 ss.

²¹ Il testo del Protocollo, aperto alle sottoscrizioni a partire dal 25 giugno 2018, è reperibile *online*, come pure quello consolidato della Convenzione n. 108. Le modifiche contenute nel progetto appaiono particolarmente incisive e sembrano dirette, da un lato, a non snaturare la struttura della Convenzione e, dall'altro, ad allinearne i contenuti ai principi posti dalla riforma della protezione dei dati personali dell'UE. Così, sono state confermate le ambizioni universalistiche della Convenzione, mantenendo la possibilità di adesione di Stati extraeuropei ed ammettendo l'adesione di organizzazioni internazionali come l'UE. È stata altresì conservata la formulazione delle disposizioni della Convenzione come

disposizioni coinvolte nell'ammmodernamento della Convenzione rientrano anche quelle relative ai flussi di dati personali. In particolare, pur essendo stata mantenuta l'attuale impostazione, che vieta gli ostacoli alla circolazione dei dati tra gli Stati contraenti (art. 12) e verso Stati terzi o organizzazioni internazionali terze qualora venga garantito un adeguato livello di protezione (art. 2 del Protocollo addizionale), è stata introdotta la possibilità di assicurare la presenza di tale *standard* per mezzo della legislazione nazionale o di obblighi internazionali, nonché attraverso strumenti giuridicamente vincolanti *ad hoc* o approvati in forma standardizzata che forniscano adeguate garanzie.

Posta l'applicabilità della Convenzione sia al settore pubblico, che al settore privato, tali forme di autoregolamentazione nell'ambito del trattamento di dati personali possono assumere una decisiva funzione di rafforzamento delle garanzie normativamente previste e di adeguamento agli specifici trattamenti e trasferimenti di dati personali che coinvolgono le imprese, pur non risultando da sole sufficienti a regolamentare compiutamente il fenomeno²². Emblematico è come nel Rapporto esplicativo della Convenzione vengano sollevate problematiche legate ai conflitti di leggi e di giurisdizioni nell'ambito della protezione transfrontaliera dei dati personali²³, anche se, concretamente, mancano nel sistema del Consiglio d'Europa disposizioni di diritto internazionale privato, al contrario di quanto pensato dal legislatore dell'Unione, il quale, pur con molte ombre e poche luci, ha tentato di proporre una soluzione alla necessità di disciplinare questi aspetti di non secondaria importanza per l'attività d'impresa e per il commercio internazionale²⁴.

3. L'incremento di trasferimenti internazionali di dati (e la relativa disponibilità su scala globale), incentivato dall'incessante evoluzione delle nuove tecnologie, ha indubbiamente richiesto l'approvazione di un'adeguata disciplina, necessaria per assicurare ai cittadini europei il medesimo livello di protezione fornito all'interno dell'Unione, evitando che lo spostamento dei dati possa costituire un mezzo per aggirare gli obblighi imposti dalla normativa europea.

La giurisprudenza della Corte di giustizia negli ultimi anni ha fornito a più riprese indicazioni in materia²⁵, che hanno influenzato dapprima la redazione ed

enunciazioni di principio, da completare e dettagliare con specifiche raccomandazioni e linee guida, assicurando il permanente aggiornamento alle continue innovazioni tecnologiche. Al fine di garantire il coordinamento e la compatibilità con gli *standards* della disciplina dell'UE è stata prevista l'introduzione all'art. 5 della Convenzione del principio di trasparenza e proporzionalità del trattamento rispetto alle legittime finalità perseguite, richiedendo peraltro che il consenso dell'interessato venga prestato in maniera libera, specifica, informata ed univoca ed ampliando il novero dei dati sensibili, oggetto di protezione rafforzata, con i dati genetici e biometrici. Da segnalare, inoltre, l'incremento degli obblighi imposti ai contraenti e il rafforzamento delle garanzie spettanti ai titolari dei dati al nuovo art. 8 (diritto di accesso, rettifica, cancellazione e ricorso, diritto di opporsi al trattamento automatizzato, diritto all'assistenza dell'autorità nazionale di controllo).

²² Al riguardo cfr. Rapporto esplicativo della Convenzione, cit., par. 39.

²³ Ivi, par. 20: "[t]he 'common core' will result in a harmonisation of the laws of the Contracting States and hence decrease the possibility of conflicts of law or jurisdiction".

²⁴ V. oltre, par. 5 ss.

²⁵ Per citare soltanto alcune delle più recenti e note pronunce della Corte di giustizia sulla tutela dei dati personali si vedano le sentenze dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e 594/12, *Digital Rights Ireland*; del 13 aprile 2014, causa C-131/12, *Google Spain*; del 1° ottobre 2015, causa C-201/14, *Bara*; del 1° ottobre 2015, causa C-230/14, *Weltimmo*; del 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15

ora l'applicazione e l'interpretazione del regolamento (UE) n. 679/2016, il quale ha introdotto disposizioni più dettagliate sul trasferimento di dati personali, che ne hanno differenziato ed innovato i contenuti rispetto a quelli della direttiva 1995/46/CE²⁶.

Il trasferimento dei dati verso Paesi terzi ha trovato spazio all'interno del capo V del regolamento, ispirato al principio di cooperazione internazionale tra Commissione e autorità nazionali di controllo europee, da una parte, e autorità di controllo di Paesi terzi, dall'altra. Così come già precedentemente sancito nella direttiva 1995/46, il trasferimento continua ad essere basato sul principio di adegua-

e 698/15, *Tele2 Sverige AB*; del 9 marzo 2017, causa C-398/15, *Manni*; del 15 marzo 2017, causa C-536/15, *Tele2 (Netherlands)*; del 4 maggio 2017, causa C-13/16, *Rīgas satiksme*; del 20 dicembre 2017, causa C-434/16, *Nowak*; del 10 luglio 2018, causa C-25/17, *Jehovan todistajat*. In tema v. anche F. BESTAGNO, *Validità ed interpretazione degli atti dell'UE alla luce della Carta: conferme e sviluppi nella giurisprudenza della Corte in tema di dati personali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 21 ss.; G. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 779 ss.; D. MARRANI, *Cybersicurezza e tutela della riservatezza dei dati personali: le decisioni Breyer e Tele2 Sverige/Watson della Corte di giustizia UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2017, p. 791 ss. Forse il più noto degli ultimi anni è il già citato caso *Schrems*, nell'ambito del quale la Corte di giustizia ha rilevato importanti criticità dall'applicazione della direttiva 1995/46, dichiarando l'invalidità della decisione 2000/520/CE, con la quale la Commissione aveva attestato l'adeguatezza del livello di protezione garantito dagli Stati Uniti, basato sul *Safe Harbour*, sistema caratterizzato dall'adesione volontaria delle imprese statunitensi ai principi concordati dalla Commissione con le autorità americane. La "sostanziale equivalenza" con le garanzie previste dal diritto dell'Unione, richiesta ai fini del giudizio di adeguatezza del livello di protezione dello Stato terzo, non è stata, ad avviso della Corte, correttamente valutata dalla Commissione (par. 73), in ragione dei profili di illegittimità riscontrati nell'esclusione delle autorità pubbliche dall'applicazione del regime, oltre che nell'eccessiva ampiezza dei margini di limitazione dei diritti per ragioni di sicurezza nazionale, interesse pubblico o amministrazione della giustizia, nonché nella lacunosità delle garanzie di accesso, rettifica, ricorso e cancellazione dei dati. Il 12 luglio 2016 la Commissione ha varato il nuovo sistema, denominato *Privacy Shield*, emettendo la decisione di adeguatezza 2016/1250/UE. La Commissione ha così ritenuto nuovamente adeguato il livello di protezione garantito negli USA considerando sufficiente l'incremento degli obblighi gravanti sulle imprese statunitensi (obblighi di informazione, limiti più rigidi alla conservazione dei dati, maggiore facilità di accesso e rettifica per gli interessati), l'imposizione di limiti più stringenti all'accesso da parte delle autorità pubbliche, l'irrobustimento del sistema di reclami e ricorsi, nonché l'introduzione di un meccanismo annuale di revisione congiunta. Tuttavia, il *Working Party ex art. 29* ha già espresso perplessità sulla nuova decisione di adeguatezza con l'*Opinion* n. 1/16 del 13 aprile 2016 e con lo *Statement* del 26 luglio 2016. In generale, sulla vicenda v. V. SALVATORE, *La Corte di giustizia restituisce (temporaneamente) agli Stati membri la competenza a valutare l'adeguatezza del livello di protezione dei dati personali soggetti a trasferimento verso gli Stati Uniti*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 631 ss.; A. GIATTINI, *La tutela dei dati personali davanti alla Corte di giustizia dell'UE: il caso Schrems e l'invalidità del sistema di "approdo sicuro"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 247 ss.; Z. LOJC, M. VAN DER SLUIS, *Institutionalizing personal data protection in times of global institutional distrust: Schrems*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1343 ss.; M. NINO, *Le prospettive internazionali ed europee della tutela della privacy e dei dati personali dopo la decisione Schrems della Corte di giustizia UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, p. 759 ss.; E. A. ROSSI, *Nuovi aspetti di vecchi problemi in tema di strumenti internazionali sul trasferimento di dati personali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2016, p. 75 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, *La tutela dei dati personali tra esigenze di sicurezza nazionale, interessi economici e diritti fondamentali della persona (dal Safe Harbour al Privacy Shield)*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 702 ss.

²⁶ Sul punto v., per tutti, P. PIRODDI, *I trasferimenti di dati personali verso Paesi terzi dopo la sentenza Schrems e nel nuovo regolamento generale sulla protezione dei dati*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 851 ss.

tezza, consentendo i trasferimenti soltanto in presenza di una specifica decisione della Commissione, con la quale si attesta che nello Stato terzo è garantito il medesimo livello di protezione assicurato all'interno dell'Unione, evitando così che il trasferimento costituisca uno strumento per aggirare gli obblighi europei²⁷.

Tuttavia, anche in assenza di una decisione di adeguatezza, il trasferimento è ammissibile al ricorrere di una delle deroghe previste dall'art. 49 (consenso dell'interessato, esecuzione di accordi contrattuali, ragioni di interesse pubblico, tutela di diritti o interessi vitali, trasferimenti effettuati da un registro pubblico, legittimo interesse cogente del titolare) o in forza di una delle clausole di salvaguardia dell'art. 46. In forza di quest'ultima disposizione il trasferimento può essere ammesso, anche senza decisione di adeguatezza, purché gli interessati dispongano di diritti azionabili e di mezzi di ricorso effettivi e il titolare o il responsabile del trattamento forniscano "adeguate garanzie", che possono avere natura pubblicistica o privatistica. Nella prima categoria rientrano "strumenti giuridicamente vincolanti aventi efficacia esecutiva" (par. 2a) tra soggetti pubblici (con tale espressione si fa riferimento principalmente ad accordi internazionali non confliggenti con il diritto dell'Unione)²⁸ e le disposizioni inserite in accordi amministrativi (par. 3b). Gli strumenti di natura privatistica sono invece riconducibili ad espressioni dell'autonomia privata²⁹. Tra questi rientrano sia strumenti più adeguati alle esigenze delle piccole e medie imprese, come i codici di condotta (art. 40) e le certificazioni del trattamento (art. 42)³⁰, ma anche altri strumenti contrattuali privati, come le "clausole tipo" adottate dalla Commissione (par. 2c) o dalle autorità di controllo (par. 2d) (e poi approvate dalla Commissione), ovvero apposite clausole contrattuali *ad hoc* redatte dal titolare o dal responsabile del trattamento ed autorizzate dalle autorità di controllo (par. 3a). Inoltre, anche le esigenze dei gruppi imprenditoriali multinazionali sono state debitamente considerate ricomprendendo tra le clausole di salvaguardia le norme

²⁷ La valutazione della Commissione sull'adeguatezza del livello di protezione garantito dai destinatari del trasferimento, che può riguardare anche soltanto un territorio o un settore specifico del Paese terzo, è vincolata all'esame di una accurata serie di elementi, tra i quali figurano, oltre ai criteri già previsti nella direttiva (la natura dei dati, le finalità del trattamento, i Paesi di origine e destinazione, le norme giuridiche, le regole professionali e le misure di sicurezza vigenti nel Paese terzo), il rispetto dei diritti fondamentali, le norme in materia di protezione e trasferimento successivo dei dati, gli orientamenti giurisprudenziali, la disponibilità di effettivi mezzi di ricorso e il contenuto degli impegni internazionali assunti dal Paese terzo, oltre alla presenza di un'autorità di controllo indipendente, che assicuri e vigili sulla protezione dei dati personali.

²⁸ V. 102° 'considerando' del regolamento.

²⁹ Specifiche clausole contrattuali, già previste all'art. 46, par. 2, della direttiva 1995/46, sono già state invocate ed utilizzate, quali soluzioni alternative nel trasferimento di dati verso gli USA, a seguito dell'annullamento della decisione di adeguatezza 2000/520/CE. In tema v. A. MANTELERO, *L'ECJ invalida l'accordo per il trasferimento dei dati personali fra EU ed USA. Quali scenari per i cittadini ed imprese?*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2015, pp. 728-729; G. M. RICCIO, *Model Contract Clauses e Corporate Binding Rules: valide alternative al Safe Harbor Agreement?*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 872 ss.; V. SALVATORE, *op. cit.*, p. 636 ss.

³⁰ I codici di condotta (art. 40) sono elaborati dalle associazioni di categoria ed approvati, a seconda del numero di Stati membri interessati, dalle autorità nazionali di controllo o dal Comitato europeo per la protezione dei dati. Le certificazioni del trattamento (art. 42) sono rilasciate da appositi organismi, dalle autorità di controllo o dal Comitato. Ad entrambi questi strumenti, diretti a dimostrare che i trattamenti ed i trasferimenti avvengono conformemente al regolamento, le imprese possono aderire volontariamente.

vincolanti di impresa (art. 47), utilizzabili per la circolazione dei dati all'interno del medesimo gruppo (in cui le norme adottate dalla capogruppo vincolano tutte le imprese del gruppo) o di un gruppo che esercita un'attività economica comune.

4. Tra gli strumenti alternativi alle decisioni di adeguatezza, meritevoli di particolare attenzione sono le clausole tipo (o *standard model clauses*). Esse si configurano come pattuizioni contrattuali redatte con formule *standard* che devono essere sottoscritte sia dall'importatore che dall'esportatore dei dati, anche mediante il mero inserimento all'interno di contratti dal contenuto più ampio stipulati tra le parti³¹. Come già previsto in pendenza del regime introdotto con l'art. 26, paragrafi 2 e 4, della direttiva 1995/46, esse consentono di effettuare trasferimenti di dati personali verso Paesi terzi, il cui livello di protezione non è stato ritenuto adeguato dalla Commissione³².

Quanto al contenuto delle clausole tipo, occorre rilevare come nel corso degli anni la Commissione abbia emesso alcune decisioni con le quali ha reso fruibili diverse versioni di clausole tipo, distinguendo tra quelle relative ai rapporti tra due titolari del trattamento e quelle concernenti i rapporti tra titolari e responsabili o incaricati³³. Le parti, e in special modo l'importatore, stabilite al di fuori dell'UE, devono aderire espressamente ai principi vigenti nell'Unione, sottoscrivendo una specifica clausola che consente anche all'interessato, qualificato come "terzo beneficiario", di sottoporre, in caso di violazione, la controversia ad un terzo indipendente o di rivolgersi alle autorità nazionali di controllo ovvero alle autorità giurisdizionali dello Stato in cui è stabilito l'esportatore³⁴, lasciando impregiudicati i diritti sostanziali e procedurali garantiti dalle normative nazionali o internazionali, compreso il diritto al risarcimento dei danni³⁵.

³¹ Va comunque osservato che l'adozione di clausole tipo non preclude la possibilità di basare il trasferimento di dati personali su contratti *ad hoc* stipulati, ex art. 46, par. 3, del regolamento, tra l'esportatore e l'importatore dei dati. Tali contratti, come previsto dal par. 4 dell'art. 46, dovranno comunque sottostare al meccanismo di coerenza di cui all'art. 63 del regolamento.

³² Tuttavia, al contrario di quanto previsto dal regime previgente, con il regolamento non è più soltanto la Commissione a poter elaborare clausole tipo, ma potranno farlo anche le autorità nazionali di controllo, anche se dovranno comunque essere approvate dalla Commissione secondo la procedura di comitato dell'art. 93.

³³ La prima decisione ad essere stata emessa dalla Commissione è la n. 2001/497 del 15 giugno 2001, modificata con la decisione 2004/915 del 27 dicembre 2004, relativa alle clausole tipo per i trasferimenti tra titolari del trattamento. Il 5 febbraio 2010 la Commissione ha emesso una nuova decisione contenente le clausole tipo per il trasferimento di dati personali tra titolari e responsabili del trattamento. Entrambe le decisioni sono state recentemente modificate dalla decisione di esecuzione 2016/2297 della Commissione del 16 dicembre 2016. Le pattuizioni costantemente presenti nelle varie versioni di clausole tipo comprendono, oltre alle generalità dei contraenti e le principali definizioni dei termini utilizzati, una dettagliata serie di obblighi assunti dall'importatore e dall'esportatore in ordine alla protezione dei dati personali – che coincidono con gli obblighi imposti dalla disciplina europea – che possono essere invocati sia dalle parti contraenti, che dall'interessato.

³⁴ Sui motivi alla base di quest'unico foro e non anche quello di residenza v. oltre, par. 5.

³⁵ Sebbene sia le clausole tipo per i rapporti tra titolari sia quelle per i rapporti tra titolari e responsabili contemplino il diritto al risarcimento dei danni per l'interessato, i due strumenti presentano una lieve differenza. Le prime, infatti, prevedono la responsabilità solidale tra l'importatore e l'esportatore, accordando agli interessati il diritto di "citare in giudizio sia l'esportatore sia l'importatore dei dati, sia entrambi"; le seconde, invece, riconoscono ugualmente il diritto di ottenere il risarcimento del danno, ma gravano l'interessato dell'obbligo di agire primariamente nei confronti dell'esportatore, ammetten-

Oltre alle clausole tipo, il regolamento prevede, all'art. 47, le norme vincolanti d'impresa (di séguito NVI), che rappresentano uno strumento specificamente concepito per rispondere alle esigenze di circolazione dei dati all'interno di un gruppo imprenditoriale con una capogruppo e diverse imprese controllate (o collegate) o di un gruppo di imprese che esercitano un'attività economica comune³⁶. Esse si configurano come regole interne al gruppo, che non sostituiscono gli obblighi di protezione dei dati personali³⁷, ma che agevolano i trasferimenti tra le società del gruppo³⁸.

Tra i requisiti che devono possedere le norme vincolanti d'impresa, uno di quelli che ha richiesto il maggior numero di precisazioni è la loro natura giuridicamente vincolante³⁹, che deve essere rivolta sia *all'interno* che *all'esterno* del gruppo. La vincolatività all'interno del gruppo implica che le norme vincolanti di impresa debbano essere applicate sia a tutte le imprese che compongono il gruppo, ma anche a tutti i singoli dipendenti. Se per rispettare quest'ultimo requisito sembra sufficiente l'inserimento di un richiamo alle NVI all'interno dei contratti di lavoro, imponendo anche obblighi di formazione ai dipendenti⁴⁰, maggiormente articolata è la costituzione di un sistema effettivamente vincolante per tutte le imprese del gruppo, anche in ragione delle differenti strutture societarie, commerciali e imprenditoriali e delle diverse legislazioni nazionali. Le modalità con le quali rendere vincolanti le NVI per tutte le imprese del gruppo possono consistere in pattuizioni contrattuali da far valere contro gli altri membri del gruppo o in impegni unilaterali effettuati dalla capogruppo,

do, solo qualora ciò non sia possibile per scomparsa, cessazione o insolvenza dell'esportatore, secondariamente il diritto di agire nei confronti dell'importatore.

³⁶ Secondo la definizione dell'art. 4, n. 20, del regolamento le NVI sono "le politiche in materia di protezione dei dati personali applicate (...) al trasferimento o al complesso di trasferimenti di dati personali a un titolare del trattamento o responsabile del trattamento in uno o più paesi terzi, nell'ambito di un gruppo imprenditoriale o di un gruppo di imprese che svolge un'attività economica comune".

³⁷ V. 110° 'considerando' del regolamento. Al secondo paragrafo dell'art. 47 sono dettagliatamente elencati gli elementi che le norme vincolanti d'impresa devono necessariamente specificare, tra i quali figura la descrizione della struttura del gruppo, dei caratteri dei trasferimenti (categorie di dati, finalità, titolari e Stati destinatari) e della natura giuridicamente vincolante delle norme, nonché le modalità di applicazione dei principi di protezione dei dati, dei diritti riconosciuti agli interessati, i rimedi utilizzabili per riparazioni e risarcimenti in caso di violazioni, i compiti di controllo del responsabile o dell'incaricato, i meccanismi di verifica e di cooperazione con le autorità di controllo, le modalità di formazione del personale, nonché l'assunzione di responsabilità da parte del titolare o del responsabile del trattamento stabilito in uno Stato membro per le violazioni commesse dai membri del gruppo non stabiliti nell'Unione.

³⁸ L'alternativa, molto meno comoda, all'utilizzo di norme vincolanti di impresa è quella di ricorrere a specifici strumenti contrattuali per ciascun trasferimento, come accade, ad esempio, con le clausole contrattuali *standard* approvate dalla Commissione, dalle quali, tuttavia, le norme vincolanti di impresa si differenziano per essere elaborate in maniera personalizzata (*tailor-made*) secondo le caratteristiche e le esigenze del gruppo.

³⁹ Al riguardo occorre chiarire che, pur in assenza di una espressa menzione, le norme vincolanti d'impresa sono state ammesse già dal regime previsto dalla direttiva 1995/46, in pendenza del quale il Gruppo di Lavoro *ex art. 29* ha elaborato alcuni documenti esplicativi per agevolare l'utilizzo e la diffusione tra le imprese, sfruttando l'art. 26, par. 2 della direttiva, che ammette che il trasferimento verso un paese terzo che non garantisca un livello di protezione adeguato possa avvenire qualora il responsabile del trattamento presenti garanzie sufficienti che "possono segnatamente risultare da clausole contrattuali appropriate".

⁴⁰ Sul punto cfr. i documenti del Gruppo *ex art. 29*: WP74 del 2003, p. 10; WP 108 del 2005, p. 5; WP204 rev. del 2015, p. 8.

a condizione che siano idonei per la legislazione nazionale ad obbligare anche le altre imprese del gruppo. Allo stesso modo le NVI potrebbero essere incorporate in codici etici, codici di condotta, statuti e altri documenti vincolanti interni all'organizzazione, come le c.d. *policies* dell'organizzazione o i principi generali commerciali (*general business principles*), prevedendo eventualmente anche sanzioni endosocietarie.

All'esterno del gruppo la vincolatività deve essere valutata in relazione al riconoscimento dei poteri di controllo delle autorità garanti nazionali e, soprattutto, in relazione all'attribuzione di diritti ai titolari dei dati. Le NVI devono conferire agli interessati "diritti azionabili in relazione al trattamento dei loro dati personali" (art. 47, par. 1, lett. b), prevedendo la possibilità di proporre un reclamo all'autorità di controllo o un ricorso all'autorità giurisdizionale competente ai sensi degli articoli 77, 78, 79 del regolamento 679/2016⁴¹, al fine di ottenere il rispetto delle NVI e, se del caso, il risarcimento dei danni materiali e immateriali⁴². I giudici ai quali possono rivolgersi gli interessati sono, come sottolineato dal Gruppo *ex art.* 29, quelli dello Stato membro in cui è stabilita l'impresa capogruppo o l'impresa del gruppo delegata all'interno dell'UE (nel caso in cui la capogruppo non abbia uno stabilimento nell'UE) oppure quelli dello Stato membro in cui è stabilita l'impresa dalla quale ha avuto origine il trasferimento oppure anche quelli dello Stato membro di residenza dell'interessato⁴³.

⁴¹ Per quanto concerne i mezzi di ricorso riconosciuti all'interessato essi includono sia reclami proponibili, ai sensi dell'art. 77, alle autorità di controllo dello Stato membro in cui l'interessato lavora o risiede abitualmente ovvero dello Stato membro in cui si è verificata la violazione, che ricorsi giurisdizionali effettivi nei confronti del titolare o del responsabile del trattamento. Secondo l'art. 78 i provvedimenti delle autorità di controllo che decidono un reclamo possono essere oggetto di ricorso giurisdizionale – così come nel caso in cui l'autorità di controllo non tratti il reclamo o non informi entro tre mesi l'interessato sullo stato del procedimento – avanti alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui l'autorità di controllo è stabilita. L'art. 79 conferisce ad un interessato che ritenga che un trattamento sia stato effettuato in violazione delle norme del regolamento, il diritto di proporre un ricorso giurisdizionale nei confronti del titolare o del responsabile del trattamento dinanzi ai giudici dello Stato membro in cui il titolare o il responsabile hanno uno stabilimento oppure, in alternativa, dinanzi ai giudici dello Stato membro di residenza abituale dell'interessato. Quest'ultimo, inoltre, nell'ipotesi in cui abbia subito un danno materiale o immateriale a causa di una violazione del regolamento – comprese quindi le norme sul trasferimento di dati personali – commessa dal titolare o dal responsabile del trattamento, ha diritto di ottenere da questi ultimi, solidalmente responsabili se coinvolti nello stesso trattamento, il risarcimento del danno a norma dell'art. 87 del regolamento, salvo che essi non riescano a dimostrare che l'evento dannoso non è loro attribuibile. Recentemente la Corte di giustizia ha emesso la sentenza del 27 settembre 2017, causa C-73/16, *Puškár*, relativa al sistema di rimedi previsti dal previgente regime della direttiva 1995/46, ritenendo legittimo l'obbligo del previo esaurimento dei rimedi amministrativi interni imposto dal diritto nazionale slovacco, subordinandovi la possibilità di esperire un ricorso giurisdizionale per violazioni del diritto alla tutela dei dati personali, a meno che tali rimedi non pregiudichino eccessivamente il diritto ad un ricorso effettivo tutelato dall'art. 47 della Carta di Nizza.

⁴² Inoltre, pare opportuno aggiungere che le NVI impongono l'obbligo di predisporre un sistema interno per la gestione dei reclami, eventualmente anche in forma di meccanismi di *Alternative Disputes Resolutions*, individuando con chiarezza le modalità di accesso per gli interessati (cfr. WP 74 del 2003, p. 16; WP 108 del 2005, p. 6).

⁴³ V. documento WP 204 rev. del 2015, pp. 10-18. In ogni caso, qualora il diritto nazionale contemplasse soluzioni più favorevoli per l'interessato, anch'esse sarebbero applicabili. Nelle NVI deve peraltro essere inserita una previsione secondo cui nel caso di norme nazionali aventi natura inderogabile, contrastanti con gli obblighi imposti dalle NVI, l'impresa deve comunicarlo alla capogruppo stabilita nell'UE la quale dovrà valutare le misure da porre in essere consultandosi con l'autorità nazionale di controllo (WP74 del 2003, p. 13; WP 204 rev. 2015, p. 12). Inoltre, il catalogo dei diritti e dei rimedi disponibili

Ai titolari dei dati compresi nell'ambito di applicazione delle NVI deve quindi essere riconosciuta espressamente la posizione di terzi beneficiari dei diritti sostanziali e dei rimedi procedurali in esse previsti. Questo deve avvenire attraverso l'inserimento di una clausola specifica all'interno del testo delle NVI, alla quale deve essere attribuita efficacia vincolante con un impegno unilaterale della capogruppo – ma solo se il diritto nazionale lo considera idoneo a vincolare l'intero gruppo – ovvero mediante specifici accordi contrattuali tra tutte le imprese del gruppo⁴⁴. Inoltre, a garanzia dell'effettiva protezione del terzo beneficiario in caso di violazione dei diritti conferiti dalle NVI, deve essere univocamente indicata l'impresa del gruppo, stabilita nell'UE, che si assume integralmente la responsabilità per le violazioni delle NVI commesse da responsabili del trattamento o da imprese del gruppo stabilite al di fuori dei confini dell'Unione, accettando di ripararne le conseguenze anche sotto il profilo risarcitorio⁴⁵.

Solo se le NVI rispettano tutti gli illustrati requisiti di forma e contenuto richiesti dall'art. 47 sarà possibile per l'autorità di controllo competente ai sensi degli articoli 56 e 57⁴⁶ approvarle secondo il meccanismo di coerenza previsto dall'art. 63 del regolamento, rendendole in tal modo una valida alternativa alla decisione di adeguatezza della Commissione.

che gli interessati potranno far valere ed utilizzare dinanzi a tali autorità deve ricalcare la struttura dei diritti e dei rimedi previsti dal regolamento e deve essere compiutamente confermato e riportato all'interno delle NVI, non potendo queste costituire uno strumento per limitarli (cfr. documento WP 108 del 2005, p. 5, WP 204 rev. 2015, p. 10; WP74 del 2003, p. 18). D'altra parte non si può non rilevare la corrispondenza tra il contenuto delle NVI e le disposizioni del regolamento riguardanti i diritti dell'interessato, i principi generali sul trattamento e gli obblighi gravanti sul titolare e sul responsabile del trattamento. Così, nel documento WP 204, cit., p. 10 si rinviene l'obbligo di garantire il rispetto dei principi di trasparenza, sicurezza e riservatezza del trattamento, così come l'obbligo di garantire l'esercizio dei diritti dell'interessato quale terzo beneficiario, anche attraverso una tutela di natura risarcitoria.

⁴⁴ Non in tutti gli Stati membri, infatti, obbligazioni unilateralmente assunte con le NVI potrebbero essere sufficienti per attribuire diritti a soggetti terzi. In tal caso, sarà necessario provvedere con specifiche intese contrattuali, che ben potrebbero consistere nell'inserimento, ad integrazione del contenuto delle NVI, di una clausola attributiva di diritti a favore di terzo nei contratti di affiliazione tra capogruppo e le altre imprese del gruppo. In buona sostanza, dalle NVI deve risultare esplicitamente che al terzo beneficiario spetta il potere di far valere le violazioni delle NVI contro qualunque impresa del gruppo che le abbia violate. Sul punto v. WP74 del 2003, pp. 12-13.

⁴⁵ WP 108 del 2005, p. 6; WP74 del 2003, p. 18; WP 204 rev. 2015, p. 17. Le NVI si pongono in tal maniera come uno strumento di natura evidentemente contrattuale, al quale tuttavia non può essere ricondotta l'illegittima funzione di sostituire o far venir meno i doveri e gli obblighi imposti dalla normativa europea al titolare e al responsabile del trattamento (WP74 del 2003, p.7; WP 204 rev. 2015, p. 6). Esse devono essere allegate al contratto tra il titolare ed il responsabile del trattamento (c.d. *Service Legal Agreement*), con il quale il titolare del trattamento fornisce istruzioni al responsabile in ordine al trasferimento internazionale di dati personali. Così, il titolare del trattamento resterà responsabile all'esterno, ma il responsabile del trattamento, in forza del *Service Legal Agreement* e delle NVI, resterà responsabile nei confronti del titolare del trattamento qualora violasse le sue istruzioni. Nelle NVI deve infatti essere indicato che il titolare del trattamento manterrà il diritto di agire nei confronti del responsabile per violazione contrattuale del SLA e delle NVI stesse.

⁴⁶ Di recente la Corte di giustizia si è occupata di ripartizione dei poteri di controllo delle autorità garanti nazionali, ancorché in riferimento al regime della direttiva 1995/46, con la sentenza del 5 giugno 2018, causa C-210/16, *Unabhängiges Landeszentrum*, stabilendo che, nell'ipotesi in cui un'impresa stabilita al di fuori dell'Unione abbia filiali in diversi Stati membri, ciascuna autorità di controllo nazionale è autorizzata ad esercitare i propri poteri nei confronti delle filiali situate sul territorio del proprio Stato membro.

5. L'introduzione di due specifici criteri di giurisdizione all'art. 79 del regolamento 679/2016 ha suscitato interesse in ordine al necessario coordinamento di tali criteri con i criteri di giurisdizione previsti dal regolamento 1215/2012⁴⁷. L'applicazione del principio di specialità, che trova conferma nell'art. 67 del regolamento Bruxelles I *bis*⁴⁸ e nel 147° 'considerando' del regolamento 679/2016⁴⁹, implica la prevalenza delle regole di giurisdizione del regolamento 679/2016 su quelle del regolamento Bruxelles I *bis*, che possono comunque continuare ad essere applicate qualora non incompatibili⁵⁰.

I problemi di coordinamento tra i due regolamenti si manifestano in tutta la loro problematicità nel momento in cui dall'applicazione della disciplina speciale del regolamento 679/2016 derivi una compressione della possibilità di scelta del foro, garantita dal regolamento Bruxelles I *bis*, in contrasto con l'ottica di protezione imperativa dell'interessato, il quale verrebbe privato della possibilità di scelta di fori ulteriori rispetto ai due indicati dall'art. 79, par. 2, del regolamento 679/2016. È infatti possibile, tenendo in considerazione le finalità, la struttura e i principi del regolamento, riconoscere natura imperativa al regime da esso previsto, facendone conseguentemente derivare l'inderogabilità convenzionale dello stesso⁵¹. L'elenco

⁴⁷ Regolamento (UE) n. 1215/2012 (Bruxelles I *bis*) 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 (rifusione). In tema v. P. FRANZINA, *Jurisdiction Regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights under the General Data Protection Regulation*, in A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, 2016, p. 81 ss., C. KOHLER, *Conflict Of Law Issues In The 2016 Data Protection Regulation Of The European Union*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 668 ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, *La disciplina della giurisdizione nel regolamento (UE) n. 2016/679 concernente il trattamento dei dati personali e il suo coordinamento con la disciplina contenuta nel regolamento "Bruxelles I-bis"*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 2/2017, p. 448 ss.

⁴⁸ Regolamento (UE) n. 1215/2012, art. 67: "[i]l presente regolamento non pregiudica l'applicazione delle disposizioni che, in materie particolari, disciplinano la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni e che sono contenute negli atti dell'Unione o nelle legislazioni nazionali armonizzate in esecuzione di tali atti".

⁴⁹ Regolamento (UE) n. 2016/679, 147° 'considerando': "[q]ualora il presente regolamento preveda disposizioni specifiche in materia di giurisdizione, in particolare riguardo a procedimenti che prevedono il ricorso giurisdizionale, compreso quello per risarcimento, contro un titolare del trattamento o un responsabile del trattamento, disposizioni generali in materia di giurisdizione quali quelle di cui al regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio non dovrebbero pregiudicare l'applicazione di dette disposizioni specifiche".

⁵⁰ Cfr. F. MARONGIU BUONAIUTI, *op. cit.*, p. 451, P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 103. Da notare che le ipotesi di applicazione complementare del regolamento Bruxelles I *bis* non risultano affatto rare, specialmente in ragione della scarsa disciplina sulla giurisdizione contenuta nel regolamento. Al riguardo, deve essere osservato come i criteri del regolamento 679/2016 riguardino soltanto le azioni proposte dall'interessato nei confronti del titolare o del responsabile del trattamento, i quali, nel caso in cui intendessero agire con azioni di accertamento negativo nei confronti dell'interessato ovvero con azioni tra loro stessi per ottenere l'accertamento delle relative responsabilità, continuano ad essere necessariamente soggetti al regime sulla giurisdizione del regolamento Bruxelles I *bis*. Analoghe osservazioni sull'applicazione del regolamento Bruxelles I *bis* possono essere formulate in relazione ai casi di chiamate in causa di terzo, di domande riconvenzionali o di pluralità di convenuti, onde scongiurare i rischi derivanti da trattazioni separate che potrebbero provocare l'emissione di decisioni confliggenti.

⁵¹ Come sottolinea C. KOHLER, *op. cit.*, p. 657, il carattere imperativo delle norme del regolamento è confermato dalla previsione dell'art. 48, che vieta, in assenza di un apposito accordo internazionale, il riconoscimento di decisioni o sentenze di autorità amministrative o giudiziarie di Paesi terzi che

delle condizioni che devono essere tassativamente rispettate affinché il trattamento possa essere ritenuto legittimo implica che qualunque dichiarazione unilaterale o accordo contrattuale con il quale l'interessato autorizzi il trattamento dei propri dati in maniera difforme rispetto alle disposizioni del regolamento, rinunciando ai propri diritti o sollevando il titolare o il responsabile del trattamento dai rispettivi obblighi, va considerato inefficace ed improduttivo di effetti⁵². Peraltro, alle norme del regolamento 679/2016 non sembra sufficiente riconoscere inderogabilità convenzionale, ma è opportuno ricondurvi carattere di applicazione necessaria, inteso, in conformità al regolamento Roma I, in maniera maggiormente restrittiva rispetto alla nozione di "disposizioni alle quali non è possibile derogare convenzionalmente", in virtù del loro oggetto e del fine a cui tendono, che ne rende cruciale il rispetto per ragioni riguardanti pubblici interessi⁵³. Tali interessi, perseguiti dal regolamento 679/2016,

richiedono il trasferimento di dati personali, imponendo in tal modo l'applicazione del regolamento ogniqualvolta una fattispecie ricada nel suo campo di applicazione a prescindere dalla possibilità di applicazione di una diversa disciplina ad opera di un giudice di uno Stato terzo. Dello stesso avviso è F. MARONGIU BUONAIUTI, *op. cit.*, p. 457.

⁵² Cfr. C. KOHLER, *op. cit.*, p. 661. Ciò vale a prescindere dalla legge applicabile al contratto, anche qualora si trattasse delle di uno Stato terzo individuato attraverso i criteri di collegamento del regolamento (CE) n. 593/2008 (Roma I) che contempla espressamente, ai paragrafi 3 e 4 dell'art. 3, categoria delle "disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente".

⁵³ All'interno del regolamento Roma I, il carattere più restrittivo delle norme di applicazione necessaria previste dall'art. 9 rispetto alle norme inderogabili convenzionalmente di cui ai paragrafi 3 e 4 dell'art. 3, al par. 2 dell'art. 6 e al par. 1 dell'art. 8 è espressamente confermato sulla base di "considerazioni di pubblico interesse" dal 137° 'considerando'. La Corte di giustizia ha avallato questo assunto già dalla sentenza del 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e 376/96, *Arblade e Leloup*, punto 30, chiarendo che "le disposizioni nazionali qualificate da uno Stato membro come norme imperative di applicazione necessaria sono le disposizioni la cui osservanza è stata reputata cruciale per la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale ed economica dello Stato membro interessato". In senso conforme v. anche le sentenze della Corte di giustizia del 9 novembre 2000, causa C-381/98, *Ingmar*; del 19 giugno 2008, causa C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*, punto 29; del 17 ottobre 2013, causa C-184/12, *Unamar*. Propensi ad una ulteriore estensione della concezione di norme di applicazione necessaria, valutando concretamente le finalità della norma senza limitare la categoria alle sole norme che richiedono interventi amministrativi per la loro operatività, P. MAYER, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in J. GHESTIN, M. FONTAINE (dirs.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Parigi, 1996, p. 513 e ss.; N. BOSCHIERO, *Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 319 ss.; A. BONOMI, *The Role of Internationally Mandatory Rules in an European Private International Law System*, in *Revista de drept international privat si drept privat comparat*, 2007, p. 159 ss. Sulle norme imperative e di applicazione necessaria nel regolamento Roma I v., per tutti, A. BONOMI, *Norme di applicazione necessaria nel Regolamento Roma I*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria sulla legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 183 ss.; G.P. CALLIESS (ed.), *Rome Regulations. A Commentary on the European Rules on the Conflict of Laws*, Alphen Aan den Rijn, 2015, p. 242 ss. Per opinioni critiche verso l'impostazione del regolamento in relazione alle norme di applicazione necessaria v. A. BONOMI, *Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission*, in *Yearbook of Private International Law*, 2003, p. 86; N. BOSCHIERO, *op. cit.*, p. 386; L. RADICATI DI BROZOLO, F. SALERNO, *Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa*, in P. FRANZINA (a cura di), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di Regolamento "Roma I"*, Padova, 2006, p. 7 ss.; G. BIAGIONI, *L'ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria nella proposta di regolamento "Roma I"*, *ivi*, p. 99 ss.; P. LAGARDE, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuels (Rome I)*, in *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 337.

che ne giustificano la natura di necessaria applicazione, emergono dalla mera lettura dei ‘considerando’ che ne rimarcano la centralità per gli interessi dell’Unione e dei suoi Stati membri⁵⁴, come già riconosciuto dalla Corte di giustizia per il regime della direttiva 1995/46⁵⁵. Il problema che si pone in concreto consiste nella valutazione della compatibilità delle norme sulla proroga di giurisdizione del regolamento Bruxelles I *bis* con i criteri previsti dal regolamento 679/2016. Solo se si ritenga che l’accordo tra l’interessato e il titolare (o il responsabile) del trattamento non sia incompatibile con il regolamento 679/2016 se ne potrebbe ammettere la validità.

Da una parte, infatti, occorre tenere in considerazione la natura imperativa delle norme del regolamento 679/2016, che ne impedisce la derogabilità convenzionale; dall’altra, non si può che rilevare come tale carattere sia specificamente volto a garantire una piena ed effettiva tutela dei dati personali dell’interessato. Al riguardo appare condivisibile l’opinione secondo cui deroghe convenzionali ai criteri di giurisdizione fissati dal regolamento 679/2016, poste in essere dalle parti con un accordo espresso *ex art. 25* regolamento Bruxelles I *bis* o come proroga tacita *ex art. 26*, possono essere ritenute compatibili con il regolamento 679/2016 soltanto se permettono all’interessato, soggetto imperativamente tutelato dal regolamento 679/2016, di rivolgersi ai giudici di Stati membri ulteriori rispetto ai due individuati dall’art. 79⁵⁶.

6. I problemi di coordinamento tra differenti discipline si arricchiscono di ulteriori profili critici in presenza del legame contrattuale tra l’impresa esportatrice e l’impresa importatrice dei dati che caratterizza gli strumenti alternativi alla decisione di adeguatezza, come le norme vincolanti d’impresa e le clausole contrattuali tipo o *ad hoc*, in cui l’interessato è terzo beneficiario di diritti sostanziali e di rimedi procedurali. Se i diritti sostanziali si sovrappongono, ricalcandone i contenuti, ai

⁵⁴ A più riprese nel regolamento si menzionano gli interessi pubblici sottesi ai trattamenti di dati, come al 46° ‘considerando’, in cui si rimarca che “alcuni tipi di trattamento dei dati personali possono rispondere (...) a rilevanti motivi di interesse pubblico (...) per esempio se il trattamento è necessario a fini umanitari, (...) per tenere sotto controllo l’evoluzione di epidemie e la loro diffusione o in casi di emergenze umanitarie, in particolare in casi di catastrofi di origine naturale e umana”. A titolo esemplificativo è altresì possibile richiamare il 52° ‘considerando’, in cui vengono ricondotti all’interesse pubblico i trattamenti dei dati “nel settore del diritto del lavoro e della protezione sociale, comprese le pensioni, e per finalità di sicurezza sanitaria, controllo e allerta, la prevenzione o il controllo di malattie trasmissibili e altre minacce gravi alla salute”.

⁵⁵ In proposito cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 24 novembre 2011, cause riunite C-468/10 e 469/10, *ASNEF e FECEMD*, punto 30; del 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain*, punto 58; del 19 ottobre 2016, causa C-582/14, *Breyer*, punto 57.

⁵⁶ In tal senso cfr. P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 106, e F. MARONGIU BUONAIUTI, *op. cit.*, p. 452. In tal modo, quando è il titolare o il responsabile del trattamento ad agire in giudizio si applicherebbe esclusivamente il regolamento Bruxelles I *bis*, applicandosi l’art. 79 del regolamento 679/2016 solo alle azioni proposte dall’interessato, mentre nel caso in cui sia quest’ultimo ad agire nei confronti del titolare o del responsabile del trattamento, l’ammissibilità della proroga della giurisdizione dovrà essere circoscritta ai casi in cui essa non produca l’effetto di privare l’interessato dei fori indicati dal regolamento 679/2016: così, la proroga tacita appare sempre ammissibile quando ad agire è l’interessato, mentre gli accordi di proroga espressa della giurisdizione potranno essere ritenuti validi soltanto se riconoscono fori supplementari rispetto al foro della residenza abituale o dello Stato membro di stabilimento del titolare o dell’interessato previsti dall’art. 79, evitando così che un accordo tra l’interessato e il titolare o il responsabile possa essere utilizzato per limitare le scelte dell’interessato, comprimendo la possibilità di rivolgersi agevolmente ad un giudice.

diritti assicurati dal capo III del regolamento 679/2016⁵⁷, non altrettanto può dirsi per gli strumenti procedurali a disposizione dell'interessato. Sia le clausole tipo tra titolari che quelle tra titolari e responsabili conferiscono espressamente all'interessato, attraverso le "clausole del terzo beneficiario"⁵⁸, il diritto di azionare nei confronti dell'importatore e dell'esportatore dei dati le pattuizioni relative agli strumenti di "mediazione e giurisdizione"⁵⁹ in caso di violazione degli obblighi contrattuali. Rilievi analoghi possono essere effettuati in relazione alle norme vincolanti di impresa che, oltre a prevedere un numero maggiore di criteri di giurisdizione per rivolgersi alle autorità di controllo o alle autorità giurisdizionali⁶⁰, impongono altresì l'istituzione di uno specifico *complaint handling department*, che sia univocamente identificato affinché i reclami individuali degli interessati possano essere gestiti da soggetti competenti ed indipendenti, nonché la promozione di meccanismi di composizione alternativa delle controversie (ADR)⁶¹.

Alla luce delle maggiori garanzie processuali che emergono dalle clausole tipo e dalle norme vincolanti di impresa rispetto ai meccanismi di reclamo e ai criteri di giurisdizione previsti dall'art. 79 del regolamento Bruxelles I *bis*, la prospettiva più adeguata dalla quale porsi per coordinare l'utilizzo dei rimedi contrattuali con il carattere imperativo delle norme del regolamento 679/2016 pare, ancora una volta, quella di attribuire rilevanza prioritaria alle garanzie individuali, ammettendo il riconoscimento di garanzie ulteriori rispetto a quelle previste dal regolamento 679/2016, a condizione che si tratti di garanzie funzionali alla protezione dei dati degli interessati⁶².

⁵⁷ La totale corrispondenza sotto il profilo dei diritti a carattere sostanziale è evidente nelle clausole tipo elaborate dalla Commissione, essendosi quest'ultima conformata ai parametri del legislatore europeo. Meno evidente, ma comunque presente, è la corrispondenza delle norme vincolanti d'impresa, costituendo queste uno strumento personalizzato, costruito sulla base delle specifiche caratteristiche di ciascun gruppo imprenditoriale. Di corrispondenza si può parlare anche in questo caso analizzando i documenti-guida pubblicati dal WP *ex art.* 29 nel corso degli anni (v. *supra*, par. 4) e tenendo conto della necessaria fase di controllo ed approvazione. Più problematica è la verifica della corrispondenza di contenuti tra le garanzie imposte dal regolamento 679/2016 e le clausole contrattuali *ad hoc* utilizzabili tra importatore ed esportatore dei dati. Con riguardo per quest'ultimo strumento contrattuale pare potersene sostenere l'invalidità, o comunque l'inefficacia ai fini dell'ammissibilità del trasferimento, nell'ipotesi di discordanze o lacune rispetto ai contenuti richiesti dal regolamento.

⁵⁸ Clausola n. 3 della decisione della Commissione 2010/87 e clausola n. 3 della decisione della Commissione 2001/497.

⁵⁹ Ivi, clausole n. 7. Tali sistemi comprendono sia il diritto di ricorrere dinanzi alle autorità di controllo che alle autorità giurisdizionali dello Stato membro, ma anche ad un terzo indipendente.

⁶⁰ A p. 18, punto 4.7, di uno degli ultimi documenti diffusi dal WP sulle NVI (WP 204 rev. 2015) vengono indicati i fori a disposizione dell'interessato, il quale, come abbiamo già visto *supra*, par. 4), potrà rivolgersi, in qualità di terzo beneficiario, ai giudici o alle autorità di controllo dello Stato membro di stabilimento dell'esportatore dei dati da cui ha avuto origine il trasferimento, ovvero a quelli dello Stato membro di stabilimento della capogruppo oppure, qualora questa non sia stabilita nell'Unione, a quelli dello Stato membro di stabilimento dell'impresa del gruppo delegata. Nell'ipotesi in cui nessuna impresa del gruppo sia stabilita nell'Unione, è altresì possibile per l'interessato rivolgersi alla autorità giurisdizionali o di controllo dello Stato membro in cui risiede abitualmente.

⁶¹ Si vedano al riguardo le istruzioni fornite dal Gruppo *ex art.* 29 nei documenti WP 74/2003, p. 17; WP 108/2005, p. 6, punto 5.18.

⁶² Poco conciliabile con la finalità di protezione dei diritti fondamentali della persona a cui si ispira il regolamento 679/2016 sarebbe un'impostazione che impedisse all'importatore e all'esportatore dei dati di offrire maggiori garanzie agli interessati. Peraltro, la richiesta di tali garanzie supplementari ri-

I problemi di coordinamento delle norme di giurisdizione contenute nel regolamento con quelle inserite all'interno degli strumenti contrattuali alternativi non si limitano ai predetti aspetti, ma emergono in maniera altrettanto evidente dal confronto tra l'art. 79 del regolamento 679/2016 e le clausole n. 7 delle clausole tipo pubblicate con le due menzionate decisioni della Commissione del 2001 e del 2010. Si è visto come, accanto al criterio dello Stato membro di stabilimento del responsabile e del titolare del trattamento, l'art. 79 del regolamento abbia introdotto il criterio di giurisdizione alternativo della residenza abituale dell'interessato. Diversamente, in entrambe le versioni di clausole tipo autorizzate dalla Commissione l'unico criterio di giurisdizione a disposizione dell'interessato è quello dello Stato membro in cui è stabilito l'esportatore dei dati. Pur potendo convenire in giudizio dinanzi ai giudici di tale Stato sia l'importatore che l'esportatore dei dati, entrambi vincolati dagli impegni contrattualmente assunti con la sottoscrizione delle clausole tipo, risulta sottodimensionata la tutela giurisdizionale nell'accesso alla giustizia rispetto al livello introdotto dal regolamento, mancando nelle clausole tipo il riconoscimento della facoltà di agire alternativamente anche dinanzi ai giudici dello Stato di residenza abituale dell'interessato⁶³.

Questo dislivello di garanzie tra il regolamento 679/2016 e le attuali versioni delle clausole tipo e delle norme vincolanti di impresa implica l'urgenza di un intervento correttivo della Commissione e del Comitato europeo per la protezione dei dati personali, che dovranno provvedere con nuove clausole tipo e nuovi documenti esplicativi delle NVI, adeguandone i contenuti in punto di criteri di giurisdizione agli *standard* minimi previsti dall'art. 79 del regolamento, senza che ciò sia visto come un ostacolo all'introduzione di garanzie internazional-processualistiche di giurisdizione supplementari⁶⁴.

In termini generali, resta cruciale la qualificazione – nell'ambito delle NVI e delle clausole tipo o *ad hoc* – della natura delle azioni dell'interessato, ponendosi quest'ultimo quale terzo beneficiario di impegni contrattuali dei quali non è parte. La conseguenza è infatti quella di poter vedere attribuito all'interessato, in accordo

sulta giustificata dal cruciale ruolo che rivestono le norme vincolanti di impresa e le clausole tipo come strumenti alternativi alla decisione di adeguatezza della Commissione, alla quale, tuttavia, compete comunque il compito di supervisionare l'approvazione delle NVI da parte delle autorità di controllo e di elaborare le clausole tipo, facendo sì che tali strumenti siano idonei a scongiurare i rischi di mancata applicazione della normativa europea nell'ambito di trasferimenti di dati personali verso Paesi terzi aventi un livello di protezione inferiore rispetto a quello dell'UE. D'altra parte, gli impegni contrattuali tra importatore e esportatore dei dati non potranno mai comprimere il diritto di azione dell'interessato, al quale non potrà essere imposto di esperire obbligatoriamente i meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie previsti dalle NVI o dalle clausole tipo prima di potersi rivolgere alle autorità nazionali di controllo o alle competenti autorità giurisdizionali.

⁶³ Da notare, inoltre, che anche nei documenti esplicativi delle norme vincolanti di impresa il criterio della residenza abituale dell'interessato non costituisce un criterio di giurisdizione alternativo al criterio dello Stato membro di stabilimento del titolare o del responsabile del trattamento, ma è qualificato come criterio sussidiario rispetto a quest'ultimo, utilizzabile soltanto qualora nessuna impresa del gruppo abbia uno stabilimento nell'UE. Sul punto si veda il documento del Gruppo *ex art.* 29: WP 204, p. 18, punto 4.7, lett. a.

⁶⁴ Nell'attesa di tale intervento, posta la già illustrata natura imperativa delle norme del regolamento 679/2016, non si potranno che ritenere illegittime eventuali restrizioni alla scelta del foro da parte dell'interessato derivanti dagli impegni contrattuali assunti con le clausole tipo o con le NVI dall'importatore e dall'esportatore dei dati.

al regolamento Bruxelles I *bis*, un ulteriore foro invocabile dallo stesso in assenza di un accordo di proroga di giurisdizione che, come abbiamo visto, pare dover essere ritenuto ammissibile qualora riconosca all'interessato la facoltà di invocare fori ulteriori rispetto a quelli previsti dall'art. 79 del regolamento 679/2016. Se non sussistono dubbi in ordine alla natura contrattuale dell'eventuale azione proposta tra importatore e esportatore dei dati, ovvero tra titolari e responsabili del trattamento, alcuni dubbi possono essere sollevati in ordine all'azione dell'interessato, che non è soggetto alle NVI e non ha sottoscritto le clausole contrattuali relative al trasferimento dei propri dati. La soluzione all'interrogativo sembra poter essere ricavata basandosi sul presupposto che la "materia contrattuale", ricompresa tra le controversie coperte da competenze speciali nel regolamento Bruxelles I *bis*, costituisce una "nozione autonoma", volta a garantire l'applicazione uniforme del regolamento⁶⁵, individuando la sussistenza di un collegamento particolarmente stretto tra la controversia ed il giudice di uno specifico luogo⁶⁶. Il foro speciale può anche non riguardare specificamente l'obbligazione fatta valere in giudizio ma altresì qualunque altra azione originata da un inadempimento contrattuale o da una sua inesatta esecuzione⁶⁷. In questo contesto all'azione esercitata da un soggetto terzo rispetto al rapporto contrattuale, beneficiario di diritti derivanti dalle pattuizioni tra le parti, è già stata riconosciuta natura contrattuale, rientrando conseguentemente nella nozione di "materia contrattuale", di cui all'art. 7 del regolamento Bruxelles I *bis*⁶⁸. Potendosi così ricondurre l'azione del terzo a tale materia, se ne deduce che può altresì essere ritenuto competente il giudice del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio⁶⁹ (art. 7, n. 1, lett. a), corrispondente al luogo in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati⁷⁰.

⁶⁵ In argomento v. la sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1998, causa C-51/97, *Réunion Européenne*.

⁶⁶ Sul punto v. il 16° 'considerando' del regolamento Bruxelles I *bis*, in cui viene rimarcato come la previsione di fori alternativi, che completano il criterio generale del foro del domicilio del convenuto, sia basata sul "collegamento stretto tra l'autorità giurisdizionale e la controversia, ovvero al fine di agevolare la buona amministrazione della giustizia", anche al fine di "garantire la certezza del diritto ed evitare la possibilità che il convenuto sia citato davanti a un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro che non sia per questi ragionevolmente prevedibile". In senso conforme v. la sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 1994, causa C-288/92, *Custom Made*.

⁶⁷ In tal senso v. Cassazione SS.UU., sentenza del 27 novembre 2015, n. 24244.

⁶⁸ Questo è il caso, ad esempio, della controversia decisa dalla Cass. S.U., sent. 7 maggio 2003, n. 6899, riguardante il caso di una ex moglie, creditrice di alimenti verso l'ex marito, che ha agito nei confronti di quest'ultimo al fine di far dichiarare la simulazione di un contratto di compravendita di immobile alienato dallo stesso, con conseguente azione revocatoria.

⁶⁹ Diversamente opinando, si dovrebbe ritenere che l'azione del terzo beneficiario abbia natura non contrattuale, rientrando nella previsione dell'art. 7, n. 2 del regolamento Bruxelles I *bis*, che introduce una diversa competenza speciale, rendendo altresì invocabile il foro in cui è avvenuto o può avvenire l'evento dannoso per i casi di illecito civile doloso o colposo. Vale la pena ricordare che in materia di illeciti civili commessi "a distanza" – fattispecie facilmente ipotizzabile nel caso di protezione dei dati – la Corte ha riconosciuto il "principio dell'ubiquità", che permette all'attore di scegliere tra giudice del luogo in cui è stata posta in essere la condotta generatrice del danno e quello del luogo in cui quest'ultimo si è verificato (sentenze della Corte di giustizia del 16 maggio 2013, causa C-228/11, *Melzer*; del 3 aprile 2014, causa C-387/12, *Hi Hotel HCF*).

⁷⁰ Tuttavia, sembra opportuno osservare come tale luogo, nel contesto degli impegni contrattuali di trasferimento dei dati, non sia facilmente individuabile, essendo i servizi (le operazioni di trasferimento e trattamento) erogati in diversi Stati.

7. Le problematiche di diritto internazionale privato sottostimate dal legislatore europeo non si esauriscono nel coordinamento con la disciplina del regolamento Bruxelles I *bis*, ma riguardano anche la nozione di “stabilimento”, che incide notevolmente sull’ambito di applicazione e sui criteri di giurisdizione del regolamento 679/2016. Occorre, al riguardo, ricordare come l’art. 3 del regolamento ne disponga l’applicazione al trattamento dei dati personali effettuati nell’ambito delle attività di uno “stabilimento” situato nell’UE, a prescindere dal luogo di effettivo svolgimento del trattamento (dentro o fuori UE) e indipendentemente dal fatto che si tratti di uno stabilimento principale o secondario. Questo implica che per poter applicare il regolamento è sufficiente che il trattamento sia effettuato nell’ambito delle attività di un qualunque stabilimento collocato in uno Stato membro dell’Unione, restando del tutto irrilevante il fatto che il titolare o il responsabile del trattamento abbiano altri stabilimenti nell’Unione o in Stati terzi⁷¹. Sotto il profilo della giurisdizione questo comporta che se lo stabilimento principale è al di fuori dell’UE, ma uno stabilimento secondario è situato in uno Stato membro, i giudici di quest’ultimo Stato saranno competenti *ex art.* 79 del regolamento per le azioni che l’interessato intenda promuovere nei confronti del titolare o del responsabile del trattamento relativamente a violazioni connesse ai trattamenti avvenuti nell’ambito dello stabilimento situato nell’Unione⁷².

Per determinare l’applicabilità territoriale della disciplina occorre quindi qualificare la nozione di “stabilimento”, che sembra poter continuare ad essere basata sulla produzione giurisprudenziale della Corte di giustizia relativa al regime della direttiva 1995/46, posta la continuità di impostazione generale tra quest’ultima e il nuovo regolamento⁷³. Quest’ultimo peraltro ha consacrato il criterio della “direzione dell’attività”, ponendosi sulla lunghezza d’onda dell’elaborazione giurisprudenziale della Corte. Se con la sentenza *Google Spain* la Corte ha facilmente ricondotto alla nozione di “stabilimento” la presenza in uno Stato membro della sede di una impresa controllata da una società, titolare del trattamento, avente invece sede in uno Stato terzo⁷⁴, va osservato come sul punto la sentenza *Weltimmo* abbia aggiunto un elemento ulteriore, essendo stata rilevata la sussistenza di uno “stabilimento”

⁷¹ Il significato dell’espressione “nel contesto delle attività” è stata chiarita dalla Corte nella sentenza *Google Spain*, punto 52, in cui la stessa ha affermato che non serve che il trattamento sia effettuato dallo stabilimento ma può essere svolta da un altro stabilimento purché il trattamento riguardi attività del primo stabilimento, ad esempio nel caso di attività “insicindibilmente connesse” dei due stabilimenti.

⁷² Non secondario è quanto previsto dal secondo paragrafo dell’art. 3 che estende l’applicabilità del regolamento anche ai trattamenti di dati personali effettuati da titolari o responsabili che non hanno alcuno stabilimento all’interno dell’Unione, a condizione che gli interessati si trovino nell’UE e il trattamento dei loro dati riguardi l’offerta di beni o servizi (anche senza obbligo di pagamento da parte dell’interessato), ovvero attività di monitoraggio dei loro comportamenti.

⁷³ L’assetto coincidente risulta dalla comparazione delle nozioni di “stabilimento” e “trattamento”. L’art. 4, par. 1, lett. a) della direttiva combacia con l’art. 3, par. 1, del regolamento, prevedendo l’applicabilità della disciplina europea al trattamento “effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento”. Quest’ultimo è stato slegato dalla sua particolare forma giuridica dal 19° ‘considerando’ della direttiva, che ne ha invece rinvenuto l’elemento caratteristico nell’esercizio effettivo dell’attività mediante “un’organizzazione stabile”. Dello stesso tenore è il 22° ‘considerando’ del regolamento, il quale conferma che “lo stabilimento implica l’effettivo e reale svolgimento di attività nel quadro di un’organizzazione stabile” e che “non è determinante la forma giuridica assunta, sia essa una succursale o una filiale dotata di personalità giuridica”.

⁷⁴ Sentenza *Google Spain*, punti 60 e 100.

in presenza di un minimo assetto organizzativo in uno Stato membro – nel caso di specie una persona fisica con poteri di rappresentanza del titolare del trattamento – unitamente alla circostanza che i servizi offerti fossero destinati a cittadini dello stesso Stato. La Corte ha così elaborato il criterio del “grado di stabilità sufficiente con l’ausilio dei mezzi necessari per la fornitura dei servizi concreti”⁷⁵, ricollegandolo al criterio della direzione delle attività verso un determinato Stato membro⁷⁶.

Quindi, nel nuovo regolamento (art. 3, par. 2), non conta più soltanto la direzione dell’attività verso uno specifico Stato membro per avere uno “stabilimento” rilevante ai fini dell’applicazione del regolamento, ma rileva la direzione delle attività verso l’Unione, complessivamente considerata, ed in particolare nei confronti di interessati “che si trovano”⁷⁷ nell’UE. A questo proposito, la tutela garantita all’interessato ha ricevuto un rilevante innalzamento, nell’ambito delle norme vincolanti di impresa, per mezzo dell’assunzione di responsabilità che necessariamente deve effettuare la capogruppo stabilita nell’UE o l’impresa del gruppo stabilita nell’UE delegata per le operazioni di approvazione delle NVI per l’intero gruppo⁷⁸. Tale circostanza si ripercuote anche sui fori invocabili dall’interessato, al quale deve obbligatoriamente essere riconosciuto il diritto di scelta di agire, oltre che dinanzi ai giudici dello Stato di stabilimento dell’esportatore europeo, anche dinanzi ai giudici dello Stato membro di stabilimento della capogruppo (se stabilita nell’UE) o dell’impresa delegata stabilita in uno Stato membro, indipendentemente dal luogo in cui il trattamento è avvenuto, dal luogo di stabilimento e di svolgimento dell’attività dell’impresa nell’ambito delle quali è stato effettuato il trattamento e, in generale, in via autonoma rispetto alla disciplina del regolamento⁷⁹.

8. Nelle rispettive discipline sia il Consiglio d’Europa che l’Unione europea hanno tentato di bilanciare le esigenze imprenditoriali di circolazione dei dati con la necessaria protezione degli stessi, con esiti non del tutto soddisfacenti. Gli stru-

⁷⁵ Sentenza *Weltimmo*, punto 30. Indicazioni analoghe sono state fornite nella sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2016, causa C-191/15, *Amazon EU Sàrl*, punto 75.

⁷⁶ Ivi, punto 32. Sul punto si veda anche il WP 29, op. 8/10, p. 13 ss. in cui vengono illustrate le “organizzazioni minime”, necessarie per la presenza di uno “stabilimento”.

⁷⁷ Quest’ultima espressione consente di escludere la necessità che l’interessato risieda nell’UE, risultando sufficiente la mera presenza fisica. Tale assunto trova conforto nella lettura combinata del 2° e del 23° ‘considerando’ del regolamento, in cui, da un lato, viene rimarcato come “i principi e le norme a tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali dovrebbero rispettarne (...) il diritto alla protezione dei dati personali, a prescindere dalla loro nazionalità o dalla loro residenza” e, dall’altro lato, “onde evitare che una persona fisica venga privata della protezione cui ha diritto in base al presente regolamento, è opportuno che questo disciplini il trattamento dei dati personali degli interessati che si trovano nell’Unione effettuato da un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento non stabilito nell’Unione, quando le attività di trattamento sono connesse all’offerta di beni o servizi a detti interessati”.

⁷⁸ V. *supra*, par. 4. Nella apposita sezione delle NVI relativa alle regole di responsabilità è infatti richiesto che la capogruppo, se stabilita nell’UE, o in alternativa il membro del gruppo delegato nell’UE, si assuma la responsabilità delle violazioni commesse dalle imprese extra-UE del gruppo, accettando di rimediare alle azioni lesive dei diritti degli interessati, anche attraverso il risarcimento dei danni (documento WP 74 del 2003, cit., p. 18, punto 5.5.2, nonché WP 204 rev. 2015, cit., p. 17, punto 4.6.2.1).

⁷⁹ A partire dal documento del WP 204 rev. 2015, oltre ai richiamati criteri di giurisdizione è stato introdotto il criterio sussidiario dello Stato membro di residenza dell’interessato, invocabile qualora nessuna impresa del gruppo sia stabilita nell’UE al momento della proposizione della domanda.

menti contrattuali privati, che qualificano i titolari dei dati come “terzi beneficiari”, conclusi tra importatori ed esportatori di dati hanno infatti mostrato di non poter costituire una valida risposta a questioni di natura internazional-privatistica, come i problemi di coordinamento relativi ai diversi criteri di giurisdizione previsti dal regolamento 679/2016, dal regolamento Bruxelles I *bis* e dalle clausole sulla giurisdizione contenute negli strumenti contrattuali privati, posto che il rispetto del principio di specialità potrebbe contrastare con le eventuali maggiori garanzie a disposizione dell’interessato sul piano internazional-privatistico. A ciò si aggiungano i problemi di qualificazione delle azioni (contrattuali o extracontrattuali) nell’ambito delle norme vincolanti di impresa e delle clausole tipo, che se da un lato presentano natura contrattuale nel rapporto tra impresa esportatrice e impresa importatrice dei dati, dall’altro lato impongono riflessioni ulteriori sulla protezione del titolare dei dati come terzo beneficiario e sul tipo di azioni a sua disposizione. Inoltre, nell’ambito del trasferimento di dati personali si propongono con particolare problematicità le questioni relative all’applicabilità del regolamento anche qualora il trattamento avvenga al di fuori dell’UE ma il titolare o il responsabile del trattamento abbiano uno stabilimento all’interno dell’Unione (art. 3). Alla luce della possibilità di utilizzo massivo e sistematico dei dati personali, non possono che sorgere dubbi sull’adeguatezza degli strumenti normativi messi a disposizione delle imprese nella prospettiva di bilanciamento dell’esigenza di protezione dei dati con quella di circolazione degli stessi.

Abstract

Data Protection within Cross-border Relationships between Companies. Some Problematic Issues of the Council of Europe Convention No. 108 and Regulation (EU) 2016/679

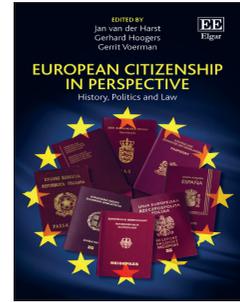
Both the Council of Europe and the European Union have attempted to balance the companies needs for circulation of data and the necessary protection of data with outcomes that are not entirely satisfactory. The private contractual instruments concluded between importers and exporters of data have indeed shown that have not been duly considered problems of private international law concerning rules on jurisdiction, qualifications and territorial scope. Consequently, in the light of the possibility of massive and systematic use and circulation of personal data, uncertainties are appearing with regard to the adequacy of the regulatory instruments made available to companies within the balancing of protection and circulation of personal data.



Recensioni

Jan van der Harst, Gerhard Hoogers
Gerrit Voerman (eds.)

European Citizenship in Perspective. History, Politics and Law



Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. XIV-191.

Il volume qui recensito nasce in occasione del venticinquesimo anniversario dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht e intende offrire un primo bilancio su quella che fu all'epoca una svolta epocale: la formalizzazione della cittadinanza europea, nuovo *status* giuridico che prescinde da confini nazionali. A tal fine indubbiamente l'opera rappresenta una preziosa ricostruzione dell'istituto, segnando le tappe fondamentali del suo sviluppo, i benefici di cui negli anni hanno potuto godere i cittadini dell'Unione e i pur sussistenti limiti.

È opinione comunemente espressa da tutti gli autori – ed è una realtà incontrovertibile – che la cittadinanza, nozione generalmente riferita ad una precisa nazionalità, costituisca una significativa novità nell'evoluzione del diritto: la cittadinanza europea, infatti, non è la mera trasposizione a livello sovranazionale di una sommatoria di diritti (soprattutto) e di doveri, ma è una figura giuridica dinamica originale e stimolante. Necessario appare, dunque, abbandonare un approccio “tradizionale” al tema: se l'Unione europea non può certamente essere la riedizione, su scala più vasta, dello Stato, la cittadinanza europea non può essere letta alla luce di criteri ed esperienze nazionali.

Una esaustiva introduzione di Hoogers precede il primo saggio, a firma di van Rossem (*Political citizenship in the European Union: what it means, how it came about and what challenges lie ahead*), che è imperniato sulla dimensione politica della cittadinanza europea. In tale prospettiva è facile individuarne la potenziale “centralità”, giacché il fondamento e la legittimazione del sistema politico costituzionale dell'Unione si realizza attraverso la partecipazione attiva e democratica dei cittadini alla scelta dei propri rappresentanti politici. Dopo un generale inquadramento sulle fonti normative primarie e derivate dell'istituto, l'A. ricorda la giurisprudenza della Corte di giustizia più pertinente, tracciando le linee evolutive della progressiva costruzione di una “cittadinanza europea” quale espressione di una “comunità di diritto”. Le sfide ancora aperte, con le quali l'Unione si sta misurando, ben si colgono dalla discussione in atto in seno al Parlamento europeo ed in particolare dagli studi proposti per modificare la rappresentanza al suo interno, fino ad oggi costruita in chiave puramente nazionale. Fenomeni quali i grandi flussi migratori (ed il conseguente sempre maggior numero di “stranieri” che risiedono nell'Unione) e la Brexit (quale sarà il regime giuridico applicabile ai cittadini europei residenti nel Regno Unito, così come, per converso, degli inglesi che

risiedono nei Paesi dell'UE?) necessariamente impongono di riconsiderare l'assetto istituzionale dell'UE. Un primo tangibile esempio di cambiamento, su cui il saggio si dilunga, è l'innovazione piuttosto recente (la prima volta introdotta per le elezioni del 2014) dello *Spitzenkandidaten*, ossia il "candidato-guida". Tale meccanismo, che nasce sulla scia degli accresciuti poteri che il Parlamento europeo si è visto attribuire dal Trattato del 2009, ha il preciso intento di "avvicinare" gli elettori alla Commissione, da sempre avvertita come una istituzione dai poteri ampi ed incisivi, ma "lontana", perché composta da persone per lo più sconosciute dai comuni cittadini.

L'indagine storica sulla cittadinanza europea, accennata da van Rossem, è oggetto di approfondimento nei contributi di Harryvan (*From free cross-border movement to backing legitimacy: European citizenship in a political-historical perspective, 1970–2000*) e di Nowak (*The rights of EU citizens: a legal-historical analysis*). Nel primo, è descritta la lenta evoluzione del concetto di cittadinanza a decorrere dalla fine degli anni '50, ricollegandolo alla esperienza della libera circolazione dei lavoratori: dalla mobilità transfrontaliera dei lavoratori subordinati, quindi dei soggetti economicamente attivi, al riconoscimento di pari diritto per tutti coloro che sono nati in un Paese UE, essa segna il salto di qualità del processo di integrazione non più (solo) economica, ma politica. Il rapporto Tindemans del 1975, il rapporto Scelba del 1977, il rapporto Adonnino (questi ultimi testimonianze evidenti dell'impegno concreto dell'Italia nel promuovere la cittadinanza europea) e la prima elezione a suffragio universale del Parlamento europeo segnano le tappe salienti propedeutiche alla formale istituzione con il Trattato di Maastricht (art. 17 ss. TCE), definita, non a caso, una "cosmetic operation", di un sistema di integrazione che ha come perno la persona in quanto "cittadino/a" con il suo corredo di pretese. In anni dominati dalle incertezze susseguenti alla fine della Guerra fredda, l'analisi svolta in chiave storica evidenzia in modo interessante le ampie divergenze di vedute (politiche) sul tema tra gli Stati membri, presentando al lettore una Comunità divisa: i Paesi del Bacino del Mediterraneo, ampiamente e pugnacemente a favore di un nuovo riconoscimento dello *status* giuridico dei propri cittadini residenti in altri Stati europei, da un lato, e le posizioni di persistente "chiusura" opposte specialmente dai Paesi del Nord Europa ed in modo meno nitido avvallate dalla Francia e dalla Germania, dall'altro.

In linea di continuità, ma secondo un diverso criterio interpretativo, il capitolo IV, a firma di Nowak, discorre dei diritti scaturenti dalla cittadinanza secondo una prospettiva di scienza politica. I diritti sono divisi in economici, politici, civili e sociali. L'A. prende le mosse dal riconoscimento di diritti economici individuali in sede sovranazionale nella Trattato CECA e ne illustra la progressiva evoluzione; parimenti per la disamina dei diritti sociali (a decorrere dal 1960), per quelli civili (il cui riconoscimento è legato inevitabilmente alla tutela dei diritti fondamentali) e per quelli sociali (per la prima volta elencati a livello europeo nella Risoluzione del Consiglio del 21 gennaio 1974). Nel chiaro intento di evidenziare come tali diritti abbiano avuto cronologicamente una origine ed una evoluzione differenziata, una tabella riepilogativa è utile strumento di lettura. Tuttavia l'analisi non si ferma ad una mera ricostruzione storica, ponendo, invece, in risalto le dinamiche sottese al diverso grado di attenzione e protezione riservati a tali "gruppi" di diritti. In sostanza l'A. indaga sulle responsabilità delle scelte politiche compiute dagli Stati, denuncia la scarsa influenza delle istituzioni europee, critica il disinteresse dei cittadini, per

giungere alla conclusione che ancora oggi i diritti di cittadinanza siano il frutto della evoluzione del mercato unico e che quindi i diritti politici e sociali abbiano una considerazione ancillare.

Il concetto di cittadinanza europea, con i contenuti via via più ampi ed innovativi da esso introdotti, è stato decisamente influenzato e forgiato dalla Corte di giustizia: è questa la diversa prospettiva proposta dal saggio di Langer (*EU Citizenship from the Cross-border Link to the Genuine Enjoyment Test: Understanding the 'stone-by-stone' approach of the Court of Justice*); l'attenzione non è più incentrata sul ruolo e sulle scelte degli Stati membri, ma sulla intensa, incessante e preziosa opera ermeneutica svolta dai giudici di Lussemburgo. Per lungo tempo e da molti accademici il tema della cittadinanza europea è stato inteso in una chiave politica e costituzionalistica, trascurandone, invece, una ricostruzione pretoria, compiuta a piccoli passi, in applicazione dell'art. 267 TFUE. E se in origine l'occasione per pronunciarsi in via interpretativa era stata fornita da casi riferiti all'esercizio della libertà di circolazione tra gli Stati membri, e dalla necessità di rendere realtà uno spazio geografico comune nel quale muoversi liberamente, gradualmente la Corte ha reinterpretato e ridimensionato il c.d. criterio "transfrontaliero" per estendere la propria tutela anche a situazioni giuridiche dei c.d. cittadini statici, sulla base del "godimento effettivo dei diritti di cittadinanza". I casi *Garcia Avello, Zu e Chen, Rottmann, Ruiz Zambrano, Dereci, Redon Marin*, sono analizzati in dettaglio al fine di dimostrare come, attraverso il c.d. "stone by stone approach", si sia consolidata "mattone su mattone" una giurisprudenza sempre innovativa pronta ad allargare le maglie della tutela ex art. 20 TFUE. Prova, da ultimo, ne è la pronuncia *Chávez-Vilchez*, in cui il criterio per stabilire l'esistenza di un pregiudizio al "godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti connessi al suo status di cittadino dell'Unione" è stato individuato nella dipendenza materiale ed emotiva del cittadino minore dell'Unione "statico" rispetto al familiare cittadino non-UE. In un contesto così dinamico, l'unico comune denominatore delle pronunce prese in esame appare essere il convincimento del giudice europeo che la cittadinanza europea altro non sia se non il "right to have rights".

Una dettagliata analisi della composizione politica del Parlamento europeo dal 1979 al 2014 e del ruolo giocato al suo interno dai gruppi parlamentari e dai deputati olandesi ivi eletti è, invece, il tema affrontato da Procee e Voerman (*Political participation of European citizens and the development of a European polity: input of European and Dutch parties in European Parliament election programmes, 1979-2014*): l'ampio saggio prende le mosse dalla considerazione che la partecipazione alla vita democratica dell'UE è la più genuina espressione della cittadinanza europea; di qui la disamina si sviluppa su cinque direttrici scelte quali campione di indagine dell'attività svolta dagli europarlamentari e del coinvolgimento della società civile (l'assetto politico istituzionale dell'UE, la cittadinanza europea, la creazione di un corpo elettorale europeo, il rafforzamento dei poteri del PE e la sua interazione con la Commissione, la creazione di una "European public sphere", cioè di informazioni trasparenti e accessibili sulla vita politica dell'UE) per giungere alla conclusione che le fratture interne agli stessi euro-gruppi, cui aderiscono i deputati eletti nei singoli Paesi dell'Unione europea, è stato il fattore che nel tempo più di tutti ha impedito l'adozione di proposte che avrebbero rafforzato e promosso una reale politica europea, sganciata, cioè, da logiche nazionalistiche.

Disquisisce sul diritto di Iniziativa dei cittadini europei (ECI) Nicolle Zeegers (*The European Citizens' Initiative: how to establish the influence it gives citizens over the European Union's agenda?*); tale strumento, introdotto per aumentare la legittimità democratica nell'UE attraverso una maggiore partecipazione dei cittadini al potere legislativo, avrebbe dovuto incentivare la partecipazione popolare e influenzare l'agenda della Commissione, secondo delle priorità segnalate dalla società civile, intesa in senso ampio. Una tabella sinottica ricognitiva delle iniziative popolari proposte rende immediatamente evidente lo scarso successo di tale procedura. Tuttavia l'A. applica differenti metodi di analisi di misurazione della incidenza dell'ECI sull'agenda politica dell'UE (metodo di Dahl, di Bachrach e Baratz, di Hunt e il "the Social Network Analysis"), per concludere che l'analisi delle reti sociali, – metodologia di analisi che consente di misurare le relazioni sociali tra soggetti, gruppi e organizzazioni coinvolte in processi di scambio di informazioni e conoscenza – sia il metodo più idoneo per verificare le relazioni informali ed interazioni tra stakeholders, lobbies e Commissione.

Infine, il contributo di Senka Neuman Stanivukovic (*Europeanisation of citizenship in the context of EU accession*) affronta il tema della cittadinanza attraverso l'esperienza di Repubblica ceca, Slovacchia e Croazia, Paesi che hanno avuto in comune un passato nell'Impero Asburgico. Partendo dalla teoria di campo di Bourdieu e dalle riflessioni di Isin sulla c.d. "cittadinanza performativa" (*performative citizenship*), il saggio illustra la rottura del vincolo tra cittadinanza - Stato - nazionalità e l'approcciarsi ad una nuova e "disrupting" dimensione di "europoeizzazione" nello spazio geografico considerato. Di particolare interesse sono senza dubbio le considerazioni svolte in modo analitico su ciascuno dei tre Stati circa le sfide affrontate nel delicato passaggio di adesione all'UE e la difficoltà di porre mano alle riforme strutturali interne. In tale frangente, il modello di cittadinanza europea ha permesso agli attori politici locali, ma anche alla società civile, di ridisegnare in modo più democratico e dinamico un nuovo spazio politico, coinvolgendo a pieno titolo nella gestione dei sostegni finanziari elargiti dalla Commissione europea anche realtà amministrative periferiche, *network* transnazionali e regioni transfrontaliere. L'analisi sulla portata e il significato della cittadinanza europea dalla prospettiva di Paesi che sono diventati Stati membri in tempi recenti rimarca la caratteristica di uno *status* giuridico "rivoluzionario" che trascende i confini dell'Unione.

Dall'insieme dei contributi passati brevemente in rassegna emerge che il tema, analizzabile secondo diverse angolature, evidenzia una nozione pur sempre unitaria che pone al centro dell'attenzione la persona. In un periodo storico segnato da allarmanti sentimenti anti europeisti, conoscere e approfondire le potenzialità della cittadinanza europea attraverso un'indagine interdisciplinare di giuristi, storici, studiosi di Scienze politiche ed economisti permette di svolgere riflessioni di più ampio respiro circa il processo di integrazione europeo fin qui compiuto e di interrogarsi sul comune senso di appartenenza ad una realtà chiamata Europa, avendo la conferma che la portata della cittadinanza, nei suoi contenuti e nei connessi livelli interpretativi, costituisce una continua e decisiva sfida per l'Unione.

Angela Maria Romito

Libri ricevuti



Chiara Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e contro-limiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. XII-419.

Francesco Anghelone, Andrea Ungari (a cura di), *Atlante 2018 Geopolitico del Mediterraneo*, Roma, Bordeaux, 2018, pp. 410.

Elisa Baroncini (a cura di), *Il diritto internazionale come strumento di risoluzione delle controversie*, Bologna, Bononia University Press, 2018, pp. 469.

Maria Caterina Baruffi, Matteo Ortino (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, Bari, Cacucci, 2018, pp. VIII-118.

Laura Costantino, *La problematica degli sprechi nella filiera agroalimentare. Profili introduttivi*, Bari, Cacucci, 2018, pp. 148.

Giovanni D'Amico, Stefano Pagliantini, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*. Studi, Torino, Giappichelli, 2018, IX-202.

Rosa Stella De Fazio, Antonio Giattini, Valentina Prisco (a cura di), *Scenari sul futuro dell'Europa: sfide e prospettive*. Considerazioni a margine del Libro Bianco della Commissione Europea, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 171.

Donatella Del Vescovo, *Il contrasto alla pesca illegale nel sistema dell'Unione europea e nelle Organizzazioni internazionali*, Bari, Cacucci, 2018, pp. 207.

Angela Di Stasi, *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, Wolters Kluwer, II ed., 2018, pp. XVI-200.

Ugo Draetta, Francesco Bestagno, Andrea Santini, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2018, VI ed., pp. XXIII-384.

Antonio Leandro, Giorgio Meo, Antonio Nuzzo (a cura di), *Crisi transfrontaliera di impresa: orizzonti internazionali ed europei*, Bari, Cacucci, 2018, pp. 225.

Michele Messina (a cura di), *I valori fondanti dell'Unione europea a 60 anni dai trattati di Roma*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 211.

Sonia Morano-Foadi, Jen Neller, *Fairhurst's Law of the European Union*, Pearson Education Limited, UK, XII ed., 2018, pp. IXV-610.

Antonio J. Palma, *Gli stati di eccezione nel diritto internazionale. Dalle garanzie giudiziarie minime all'equo processo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 493.

Lina Panella (a cura di), *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 359.

Piero Pennetta, Susanna Cafaro, Angela Di Stasi, Ivan Ingravallo, Gerardo Martino, Criseide Novi, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, pp. LVII-469.

Stefano Saluzzo, *Accordi internazionali degli Stati membri dell'Unione europea e Stati terzi*, Milano, Ledizioni, 2018, pp. 359.

Giuseppe Tesaro, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, a cura di Patrizia De Pasquale e Fabio Ferraro, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. XXII-408.

Indice degli autori



Ennio TRIGGIANI

professore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Giandonato CAGGIANO

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma TRE

Isabel VEGA MOCOROA

ordinario di Economia politica e Finanza pubblica nell'Università di Valladolid

Stefano GIUBBONI

ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli studi di Perugia

Francesco MUNARI

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Genova

Pia ACCONCI

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Teramo

Giulia D'AGNONE

assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi "Magna Graecia" di Catanzaro

Antonio J. PALMA

assegnista di ricerca in Diritto internazionale nella LUISS "Guido Carli" di Roma

Andrea CANNONE

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Maria Cristina CARTA

assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Sassari

Alice PISAPIA

professore a contratto di Diritto dell'Unione europea per l'impresa e Diritto della concorrenza nell'Università degli studi dell'Insubria

Edoardo Alberto Rossi

assegnista di ricerca in Diritto internazionale nell'Università degli studi di Urbino



Consiglio Regionale della Puglia

Teca del Mediterraneo Biblioteca Multimediale & Centro di documentazione

L'accesso alle fonti documentarie presenti in Biblioteca costituisce un'opportunità per la stesura di tesi di laurea, per l'attività professionale e per gli adempimenti giuridici e fiscali dei cittadini.

La Biblioteca è specializzata nei profili tematici della pubblica amministrazione, diritto, economia e finanza, organizzazione e management, politiche pubbliche e politologia, oltre le riviste e le monografie, sono consultabili diverse banche dati, sia autonomamente, presso la sala riviste della Biblioteca, sia in modalità assistita presso le postazioni di reference, sempre in sede.

DE JURE - un vasto repertorio di massime e sentenze per esteso di legittimità e di merito, normativa nazionale dal 1861, sia in testo vigente che in testo originale, la normativa comunitaria, quella regionale e la prassi in testo vigente, il panorama completo del pensiero giuridico italiano dal 1995 ad oggi.

LEGGI D'ITALIA - oltre 120.000 provvedimenti nel testo vigente e coordinato a partire dal 1751 e i sette Codici d'Italia nel testo vigente e coordinato, oltre 140.000 provvedimenti normativi delle 20 regioni italiane e 2 province autonome, tutti i provvedimenti legislativi che hanno subito modifiche e/o abrogazioni a partire dal 1989, prassi e circolari, normativa comunitaria classificata in 25 aree tematiche, raccolte di sentenze delle Corti di ogni ordine e grado.

IL SOLE 24 ORE - abbonamento all'edizione digitale del Sole 24 ore con gli speciali di "Norme e tributi" e la possibilità di accedere a: Archivio storico del Sole 24 ore, Quotidiano Enti locali, Banca dati 24.

GIUSTAMM e IPSOA – banche dati di dottrina giuridica.

WEB tATOO – sistema per la consultazione di banche dati e di riviste in formato elettronico.

Negli ultimi anni il catalogo è stato arricchito con pubblicazioni relative a Sezioni che valorizzano l'identità territoriale pugliese: Cultura dell'Ambiente, Sezione di Genere, Archivio storico documentale (in collaborazione con l'Ipsaic), Ragazzi, Arte e spettacolo, Multiculturale.

Servizi gratuiti per il pubblico: assistenza alla ricerca bibliografica, bollettini tematici, consultazione e prestito, corsi sull'uso delle risorse bibliografiche, iniziative didattiche, internet e wifi, prestito interbibliotecario e fornitura di documenti, tirocini formativi, emeroteca e riviste, catalogo on line, banche dati, webzine.

Contatti: tel. 080.540.2770 e-mail: biblioteca@consiglio.puglia.it
via Giulio Petroni 19/A – 70124 Bari

Sito web: www.consiglio.puglia.it | <http://biblioteca.consiglio.puglia.it>

Facebook: Consiglio Reg Puglia | Biblioteca Consiglio Reg Puglia Teca del Mediterraneo



CACUCCI EDITORE
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)



DOVE SIAMO

Europe Direct Puglia

Università degli Studi di Bari Aldo Moro
Dipartimento di Scienze Politiche

Via Giuseppe Suppa, 9 - 70121 Bari
Tel. +39 080 5717707

info@europedirectpuglia.eu

twitter.com/EuropeDirectPuglia

facebook.com/europedirectpuglia

www.europedirectpuglia.eu

ORARI

Europe Direct Puglia è aperto al pubblico
dal lunedì al venerdì ore 9.00 - 15.00



Cofinanziato dall'UE



La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a *Europe Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete *Europe Direct* italiana.

Studi sull'integrazione europea

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.	FAX	E-MAIL	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ITALIA		ESTERO		
ABBONAMENTI	abbonamento annuale 2019	abbonamento in formato PDF	abbonamento annuale 2019	abbonamento in formato PDF
	€ 80,00	€ 45,00	€ 120,00	€ 45,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale. Allo scadere l'abbonamento deve essere rinnovato mediante semplice lettera o e-mail.

La sottoscrizione dell'abbonamento, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a: Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'integrazione europea - anno 2019).

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. - Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080.5214220, Fax 080.5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, per fini amministrativi, contabili commerciali e promozionali. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA

Francesco Podesti (Ancona, 1800-1895)

Ratto d'Europa - olio su tela, cm 86 x 120 - firmato due volte in basso a sin.: *Fran Podesti 1852* - mercato antiquariale

Il dipinto si trovava in origine nel Palazzo Torlonia in Piazza Venezia a Roma, demolito nel 1903 per migliorare la visibilità da Via del Corso dell'erigendo Monumento a Vittorio Emanuele II. La distruzione del Palazzo è stata un'immane perdita per la storia dell'arte dell'Ottocento, in quanto si trattava di una residenza nobiliare il cui prestigio e la cui ricchezza erano pari a quelli di una vera e propria reggia, sontuosamente decorata con sculture, stucchi ed affreschi. A seguito della demolizione, quasi tutte le opere d'arte e gli arredi mobili, fra cui il nostro dipinto, vennero dispersi sul mercato antiquariale. La più recente apparizione del dipinto risulta essere quella alla II edizione della Fine Arts di Parigi, nel novembre 2018, nello spazio della galleria Paolo Antonacci di Roma, che lo aveva da poco acquistato da un privato romano.

Il dipinto raffigura la bella e opulenta Europa discinta, sola su una spiaggia petrosa e deserta, innaturalmente seduta sul toro semiaccucciato (sotto le cui spoglie, com'è noto, si cela Zeus), mentre posa la mano sinistra sulla testa inghirlandata di fiori dell'animale. La circonda un nugolo di amorini volanti — uno dei quali cavalca un'aquila — che recano coroncine di fiori o scoccano con l'arco le fatali frecce d'amore, taluni nascondendosi sotto il grande velo verde investito dal vento con cui Europa ha coperto i suoi capelli. Sullo sfondo, il racconto prosegue col secondo momento dell'episodio narrato da Ovidio, con Europa impaurita che viene rapita e trascinata in mare dal toro.

La genesi del dipinto merita un breve cenno. Nella cosiddetta "Galleria di Ercole e Lica" di Palazzo Torlonia, nota anche come "Braccio del Canova", Francesco Podesti realizzò fra il 1836 e il 1837, su invito del duca banchiere Alessandro, un ciclo di affreschi aventi come soggetto le *Gesta degli dei*, in un riquadro dei quali era raffigurato proprio il *Ratto di Europa*, simmetrico al riquadro con il *Ratto di Proserpina*. Gli affreschi, che consacrarono la fama del giovane artista anconetano, furono grandemente apprezzati, grazie al prestigio della famiglia committente, non solo in Italia ma anche all'estero. Dal fresco col *Ratto d'Europa*, di cui si conserva un disegno coevo nel Museo di Palazzo Braschi a Roma (grafite con lumeggiature a gessetto bianco, mm 1880 x 3110), in particolare, il pittore derivò un dipinto in formato *cabinet* per il marchese Ala Ponzone di Genova e un altro destinato al mercato inglese.

Il nostro dipinto, datato 1852, è una riproposizione dello stesso soggetto, del tutto simile iconograficamente all'affresco perduto, che il pittore realizzò a distanza di poco più di quindici anni dagli affreschi.

Nell'ideale neoclassico perseguito dall'artista, che si era formato con Vincenzo Camuccini e Gaspare Landi e che fu assai apprezzato da Antonio Canova, sono evidenti le fonti cui egli, nei lunghi anni romani, poté abbeverarsi: Raffaello e Michelangelo soprattutto, ma non meno forte fu la fascinazione esercitata su di lui dai grandi maestri del classicismo seicentesco bolognese, in particolare Domenichino, Guido Reni, Annibale Carracci. Il risultato è una pittura di grande equilibrio compositivo, notevole per la perfezione delle forme, la purezza, l'armonia, tipiche dell'ideale pittorico e culturale cui egli volle ispirarsi.

Clara Gelao

storica dell'arte, già Direttrice della Pinacoteca Metropolitana di Bari



Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2019, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 80,00
- Abbonamento per l'estero € 120,00
- Fascicolo € 28,00
- Abbonamento in formato pdf € 45,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2019, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2019).

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da

Ennio Triggiani Ugo Villani

Giandonato Caggiano

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*⁵, 2017.
2. Piero PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011.
4. Elena FALLETTI, Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al Diritto dell'Unione Europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.
8. Rosita DEL COCO, Emanuela PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, 2014.
9. Andrea CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, 2014.
10. Angela Maria ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015.
11. Giovanni CELLAMARE, *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, 2015.
12. Ennio TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, 2015.
13. Ilaria OTTAVIANO, *Gli accordi di cooperazione territoriale nell'Unione Europea*, 2017.
14. Gianpaolo Maria RUOTOLO, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, 2017.
15. Sara PUGLIESE, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea tra principi di precauzione, proporzionalità e standardizzazione*, 2017.
16. Ivan INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, 2017.
17. Luca PALADINI, *Il Servizio europeo per l'azione esterna – Aspetti giuridici e prospettive di sviluppo*, 2017.
18. Anna IERMANO, *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, 2018.
19. Andrea CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2018.
20. Teresa Maria MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, 2018.
21. Ennio TRIGGIANI, Anna Maria NICO, Maria Grazia NACCI (a cura di), *Unione europea e governi territoriali: risorse, vincoli e controlli*, 2018.
22. Antonietta DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli Stati membri*, 2018.
23. Giandonato CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, 2018.
24. Emanuela PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, 2018.
25. Nicola RUCCIA, *Caratteri, limiti e prospettive dell'Unione bancaria*, 2018.
26. Francesco CHERUBINI, *Le decisioni nel sistema delle fonti dell'ordinamento europeo*, 2018.
27. Claudia MORINI, *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel contesto regionale europeo*, 2018.
28. Giuseppe MORGESSE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, 2018.
29. Valeria DI COMITE, *La dimensione europea dell'istruzione superiore*, 2018.
30. Lorenzo Federico PACE, *Il regime giuridico dell'euro*, 2018.
31. Maria Caterina BARUFFI, Matteo ORTINO (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, 2018.

ISBN 978-88-6611-786-5



9 788866 117865



€ 28,00